F. c.
o.
88 a
2

System

des

Pandekten-Rechts

von

Anton Friedrich Justus Thibaut,

Grofsherzoglich Badischem Hofrath und ordentlichem Professor des Rechts in Heidelberg, Correspondenten der Kaiserlichen Gesetzcommission in Petersburg.

Vierte,

durchaus vermehrte und verbesserte Ausgabe.

Zweyter Band.

Jena, 1814.

Bey J. M. Mauke und Söhne

gedruckt und verlegt.

KÖNIGL. BAYER. BIBLIOTHEK BAMBERG

Inhaltsanzeige
des zweyten Bandes.

Besonderer Theil.

B) Privatrecht.

Einleitung. §. 549. 550.

Erster Theil.

Dingliche Rechte.

Erster Abschnitt.

Dingliche Rechte, welche sich nicht auf Sachen beziehen. Freyheit, Ingenuität, Bürgerrecht. §. 551 — 555.

Zweyter Abschnitt.

Dingliche Rechte, welche sich auf Sachen beziehen. Einleitung. Insbesondere über iura directa und utilia. §. 556. 557.

Erste Abtheilung.

Ueber dingliche Rechte, deren Gegenstand keine universitas ist.

Erstes Capitel.

Ueber das Eigenthum.

I) Natur desselben.

1) Nach allgemeinen Grundsätzen. Hier denn auch über rei vindicatio, actio publiciana, finium regundorum, communi dividundo, ad exhibendum. §. 558 — 578.

2) Besondere Beschränkungen.

A) Beschränkungen in der Dauer. Domin. revocabile. §. 579.

B) Im Innern. Domin. limitat., minus plenum. §. 580.

a) Gänzliche Beschränkung. Dom. dormiens, naturale. §. 581.

b) Theilweise.

aa) Pflicht zu leiden. Interd. de arborib. caedend. de glande legend. §. 582.
bb) Pflicht zu unterlassen. Actio de tigno iuncto. Pflicht nicht zu veräuſsern. §. 583. 584.
cc) Pflicht positiv zu handeln. Cautio de damno infecto. Actio aquae pluv. arc. §. 585—589.

II) Erwerbung desselben.
1) Einleitung. §. 590. 591.
2) Zweyseitige Erwerbarten. Tradition, zum Theil fructuum perceptio. §. 592.
3) Einseitige Erwerbarten.
A) Occupation. §. 593.
B) Accession. §. 594—599.
C) Aus beiden gemischte beym Schatzfinden. §. 600.
D) Andre Arten. Perception und Separation der Früchte; Adjudication; Confiscation; Cultur einer res deserta; des Alleineigenthums durch unbezahlt bleibende Vorschüsse. §. 601.

III) Verlust desselben. §. 602.

Zweytes Capitel.
Ueber die Dienstbarkeiten.

I) Allgemeine Begriffe. §. 603—606.
II) Arten.
1) Dingliche.
A) Urbanae. §. 607.
B) Rusticae. §. 608.
2) Persönliche.
A) Ususfructus. §. 609—614.
B) Fructus und usus. §. 615.
C) Habitatio. §. 616.
D) Operae servorum. §. 617.
E) Gemeinschaftliche Pflicht zur Cautions-Leistung. §. 618—620.
III) Erwerbung. §. 621.
IV) Verlust. §. 622.
V) Rechtsmittel,
1) possessorische. §. 623. 624.
2) petitorische. §. 625.

Drittes Capitel.
Ueber die superficies und emphyteusis.
I) Natur.
1) der superficies. §. 626 – 628.
2) der emphyteusis. §. 629 — 632.
II) Erwerbung beider. §. 633.
III) Erlöschen derselben. §. 634.
Viertes Capitel.
Ueber das Pfandrecht.
I) Einleitung. §. 635 — 639.
II) Entstehung. §. 640 — 645.
III) Folgen des P. R.
1) Dessen Umfang. §. 646.
2) Rechtsverhältnisse,
A) zwischen Schuldner und Gläubiger. §. 647 — 653.
B) zwischen den Gläubigern. §. 654 — 660.
IV) Klagen in Rücksicht des P. R. §. 661 — 665.
V) Endigung desselben. §. 666. 667.

Zweyte Abtheilung.
Ueber dingliche Rechte, deren Gegenstand eine universitas ist.
Einleitung.
Allgemeine Begriffe über Erbschaften, und was damit zusammenhängt. §. 668 — 675.
Erstes Capitel.
Ueber Erbschaften.
Erste Unterabtheilung.
Ueber die Delation des Erbrechts.
Erster Titel.
Ueber Erbverträge. §. 676 — 678.
Zweyter Titel.
Ueber die Intestat-Erbfolge. §. 679 — 689.
Dritter Titel.
Ueber die testamentarische Erbfolge.
I) Gemeine Testamente. §. 690.
1) Aeufsere Form.
A) Privat-Testamente. §. 691 — 693.

B) Oeffentliche. §. 694.

2) Materie. Hier

A) über mystische Testamente. §. 695.

B) Die Vulgar-Substitution. §. 696. 697.

C) Pflichten gegen Notherben. §. 698.

3) Fähigkeit zum Testiren. Hier über die substitutio pupillaris und quasi pupillaris als etwas, den Testamenten Eigenthümliches. §. 699—703.

II) Aufserordentliche.

A) Unfeierliche. §. 704—712.

B) Feierliche. Testament des Blinden. §. 713.

Zweyte Unterabtheilung.

Ueber die Erwerbung der Erbschaften.

I) Art der Erwerbung. §. 714—718.

II) Deren Wirkungen. §. 719. 720. Insbesondere

1) Pflichten des Erben

A) gegen Dritte. Hier dann auch über das beneficium inventarii und deliberandi. §. 721—726.

B) gegen Miterben. Erbtheilung, Collation. §. 727—735.

2) Dessen Rechte.

A) Ueberhaupt. Verkauf der Erbschaft. §. 736.

B) Insbesondere von den Klagen desselben:

a) ordentliche petitorische. Hereditatis petitio. §. 737—743.

b) Interdicte. §. 744.

Zweytes Capitel.

Ueber Legate und Fideicommisse.

Erste Unterabtheilung.

Ueber Legate und Singulär-Fideicommisse.

I) Natur derselben überhaupt. §. 745—748.

II) Einzelne Arten. §. 749—756.

III) Erwerbung. §. 757. 758.

IV) Rechtsverhältnisse.

1) Rechte des Legatars. §. 759—762.

2) Dessen Pflichten. L. Falcidia. §. 763—768.

Zweyte Unterabtheilung.

Ueber Universal-Fideicommisse.

I) Errichtung derselben. §. 769—772.

II) Rechtsverhältnisse.

1) Pflichten des Fiduciars gegen den Fideicommissar. §. 773—775.

2) Pflichten dieses gegen jenen. Q. Trebellianica. §. 776—778.

3) Verhältnifs beider zu einem Dritten. §. 779.

Dritte Unterabtheilung.

Gemeinschaftliche Grundsätze über Legate und Fideicommisse.

I) Ueber Delation derselben, besonders durch Codicille. §. 780—786.

II) Cautionen des Beschwerten, und des Honorirten. §. 787—789.

III) Quando dies cedit et venit? §. 790. 791.

Drittes Capitel.

Gemeinschaftliche Grundsätze über Erbschaften, Legate, und Fideicommisse.

Erste Unterabtheilung.

Ueber die Successions-Fähigkeit. §. 792—796.

Zweyte Unterabtheilung.

Allgemeine Erfodernisse einer letzten Willensordnung.

I) Fähigkeit des Subjects. §. 797.

II) Innere Erfodernisse. Hier über den Irrthum, den Beweggrund, Furcht, Betrug, Demonstrationen, Ueberlassen der Willkühr eines Andern, und Unvollkommenheit des Willens. §. 798—800.

III) Nebenbestimmungen.

1) Bedingungen. Dabey denn auch von captatorischen Verordnungen, legatis poenae nomine, und correspectiven Testamenten. §. 801—804.

2) Zeitbestimmungen. §. 805.

3) Ueber den Modus. §. 806.

Dritte Unterabtheilung.

Ueber die Ungültigkeit der Testamente, Codicille, Erbeneinsetzungen, Legate und Fideicommisse.

Einleitung.

Allgemeine Grundsätze. §. 807. 808.

Erster Titel.

Ueber Ungültigkeit und Rescission eines letzten Willens wegen Uebergehung und Ausschliessung der Notherben. §. 809 — 821.

Zweyter Titel.

Ueber Ungültigkeit einer Disposition aus andern Gründen, aber nicht zur Strafe des Honorirten. §. 822 — 837.

Dritter Titel.

Ueber Entreissung der Erbschaften und Vermächtnisse wegen Unwürdigkeit. §. 838 — 842.

Vierte Unterabtheilung.

Ueber das Anwachsungsrecht. §. 843 — 847.

Fünfte Unterabtheilung.

Ueber Eröffnung, Vollstreckung, und Auslegung letzter Willensordnungen. §. 848 — 850.

Zweyter Theil.

Persönliche Rechte.

Einleitung. §. 851. 852.

Erster Abschnitt.

Ueber die Entstehungsgründe persönlicher Rechte.

Erste Abtheilung.

Ueber Verträge.

Erstes Capitel.

Ueber Hauptverträge.

Erste Unterabtheilung.

Ueber Contracte.

Erster Titel.

Ueber die Consensual-Contracte. §. 853. 854.

I) Kauf-Contract. §. 855 — 858.

II) Mieth-Contract. §. 859—864.
III) Mandats-Contract. §. 865—877.
IV) Societäts-Contract. §. 878—885.

Zweyter Titel.
Ueber Real-Contracte.

I) Genannte.
1) Mutuum. §. 886. 887.
2) Commodatum. §. 888—890.
3) Depositum. §. 891—894.

II) Ungenannte.
1) Tausch. §. 895.
2) Trödel-Contract. §. 896.
3) Contractus suffragii. §. 897.
4) Precarium. §. 898.

Dritter Titel.
Ueber Literal-Contracte. §. 899.

Zweyte Unterabtheilung.
Ueber pacta.

Erster Titel.
Ueber bestätigte pacta. Hier nur noch
A) über die Schenkung. §. 900—910.
B) Receptum. §. 911—913.

Zweyter Titel.
Ueber unbestätigte pacta. Hier nur noch
I) über pacta de contrahendo. §. 914.
II) über Spielverträge. §. 915. 916.
III) über Wetten. §. 917.
IV) Verträge zur Abwendung eines Rechtsstreits: pacta remissoria, transactio, compromissum, iuramentum delatum. §. 918—933.

Zweytes Capitel.
Ueber Nebenverträge.

I) Novation. Expromission, Delegation. §. 934—937.
II) Constitutum debiti proprii. §. 938.
III) Intercessionen.
1) Deren Begriff und Arten. §. 939. 940.
2) Allgemeine Regeln über alle Arten. §. 941.
A) Accessorische Natur. §. 942.

B) Regreſs. Benefic. cedendar. actionum. §. 943.
C) SCt. Velleianum. §. 944 – 949.
3) Besondere Regeln über subsidiarische Intercessionen. Beneficium ordinis. §. 950.
4) Ueber einzelne Arten.
A) Bürgschaft. §. 951 — 953.
B) Constitutum debiti alieni. §. 954.
IV) Pactum reservati dominii, et reservatae hypothecae. §. 955.
V) Pactum protimiseos. §. 956.
VI) Pactum de retrovendendo, et retroemendo. §. 957.
VII) Addictio in diem. §. 958.
VIII) Lex commissoria. §. 959.
IX) Pactum displicentiae. §. 960.

Zweyte Abtheilung.
Ueber Verbrechen.
I) Allgemeine Rechtsmittel. §. 961 — 964.
II) Besondere Rechtsmittel. §. 965 — 966.

Dritte Abtheilung.
Ueber die Entstehung persönlicher Rechte aus andern Gründen.
I) Quasi-Contracte. §. 967 — 976.
II) Quasi-Delicte. §. 977.
III) Andere Arten.
1) Actio noxalis. §. 978.
2) Actio de pauperie et de pastu. §. 979.
3) Verpflichtung zur Beerdigung. §. 980.
4) Pollicitationen. §. 981.
5) Lex Rhodia de iactu. §. 982 — 985.
6) Condictio sine caussa. §. 986.

Zweyter Abschnitt.
Ueber die Erlöschung persönlicher Rechte.

Erste Abtheilung.
Erlöschungsgründe mit Ausnahme der Verjährung.
I) Recapitulation der schon angeführten Arten. §. 987.
Diese sind:
1) Die Zahlung.
2) Die Deposition.

3) Befreyung durch ein Testament.
4) Vergleiche und Nachlaſsverträge.
5) Der Eid.
6) Entsagung und Cession.
7) Ein absolutorisches schiedsrichterliches Erkenntniſs.
8) Die Confusion.
9) Der Untergang des Objects.
10) Wegfallen der Bedingung und Zeitbestimmung.
11) Novation.

II) Nachtrag der übrigen. Diese sind:
1) Mutuus dissensus. §. 988.
2) Acceptilation. §. 989.
3) Der Tod. §. 990.
4) Einseitiges Aufrufen,
A) nach Willkühr. §. 991.
B) aus Gründen,
a) wegen veränderter Umstände. §. 992.
b) wegen Treulosigkeit. §. 993.
5) Erlöschen des Rechts des Concedenten. §. 994.
6) Concurs lucrativer Erwerbgründe. §. 995.
7) Vernichtung accessorischer Verbindlichkeit mit der Hauptverbindlichkeit. §. 996.
8) Compensation. §. 997 — 1000.
9) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
A) Grundsätze. §. 1001 — 1004.
B) Arten. §. 1005. Dann noch insbesondere über Restitution,
a) wegen eines Zwanges. §. 1006. 1007.
b) wegen eines Betruges. §. 1008.
c) wegen des minderjährigen Alters. §. 1009 — 1011.
d) wegen capitis deminutio. §. 1012.
e) wegen Abwesenheit ex speciali caussa et generali clausula. §. 1013. 1014.
f) wegen eines Irrthums. §. 1015.

Zweyte Abtheilung.
Ueber die Verjährung insbesondere.
Einleitung. §. 1016 — 1018.
Erstes Capitel.
Ueber die praescriptio definita.

Erste Unterabtheilung.

Allgemeine Grundsätze über alle Arten. §. 1019—1025.

Zweyte Unterabtheilung.

Erfodernisse der einzelnen Arten der erwerbenden Verjährung, und zwar

I) des Eigenthums. §. 1026—1030.

II) der Servituten. §. 1031.

III) des dominii utilis, und andrer Rechte. §. 1032.

Dritte Unterabtheilung.

Erfodernisse der einzelnen Arten der erlöschenden Verjährung.

I) Allgemeine Sätze. §. 1033.

II) Arten:

1) Verjährung der Klagen. §. 1034—1039.

2) der Einreden. §. 1040.

3) der Servituten. §. 1041.

4) der väterlichen Gewalt §. 1042.

5) der Privilegien. §. 1043.

6) des Erbrechts. §. 1044.

7) andrer Rechte. §. 1045. a.

Vierte Unterabtheilung.

Ueber die Hindernisse der Verjährung. §. 1045. b. 1045. c. 1046. 1047.

Zweytes Capitel.

Ueber die unvordenkliche Verjährung. §. 1048.

Besonderer Theil.

B) *Privatrecht.*

Einleitung.

§. 549.

Einleitung. Das Privat-Recht (§. 327.) bestimmt, welche Rechte dem Bürger gegen den Bürger unter gegebenen Voraussetzungen zustehen. Es muſs also die drey Fragen beantworten: 1) welche Rechte gibt es, und was ist in diesen Rechten enthalten? 2) wie werden die einzelnen Rechte erworben? und 3) durch welche Thatumstände erlöschen dieselben? Da es so viele Rechte gibt, als Handlungen, zu deren Ausübung man die Befugniſs erhalten kann, die Mannigfaltigkeit der Handlungen aber ins Unendliche geht; so kann das positive Recht die Arten derselben nie vollständig angeben, und muſs sich (wie bisher alle Legislationen thaten) bloſs darauf beschränken, die gewöhnlichen, durch den Sprachgebrauch mit besondern Namen bezeichneten Rechts-Institute auszuheben.

§. 550.

Eintheilungen. Die Rechte, deren Natur durch positive Gesetze entwickelt ist, lassen sich auf mannigfaltige Weise eintheilen, und eben deſswegen kann denn auch nicht behauptet werden, daſs man sie nothwendig unter diesem oder jenem Hauptgesichtspunct abhandeln müsse, wenn das System logisch richtig seyn solle. Man kann daher nur die fruchtbarste Ansicht ausheben, und in diesem Betracht ist es unläugbar am zweckmäſsigsten, die dinglichen und persönlichen Rechte (§. 61.) von einander zu trennen, und das Privat-Recht unter diesen beiden Haupt-Rubriken darzustellen.

Erster Theil.

Dingliche Rechte.

Erster Abschnitt.

Dingliche Rechte, welche sich nicht auf Sachen beziehen.

§. 551.

Arten. Die dinglichen Rechte zerfallen in zwey Haupt-Classen, indem einige derselben ihrer Natur nach sich auf Sachen beziehen, andre hingegen nicht. Zu den letzten gehört die Freyheit, die Freygeborenheit, und das Bürgerrecht, so wie die, bereits oben erörterte, und also hier zu übergehende, väterliche Gewalt.

§. 552.

I) Freyheit. Sklaverey. Die Freyheit (*libertas*) ist die Befugnifs, seine Handlungsweise lediglich von seiner eignen Willkühr abhängen zu lassen. Ist Jemand zum Vortheil eines Andern dessen Willkühr unterworfen, so heifst er ein Sklav (*servus*), und kann, wenn er sich die Freyheit widerrechtlich anmafst, durch die, auf richterliche Anerkennung der Sklaverey gerichtete *actio de libertate negativa*, wobey aber dem Kläger, wenn er nicht im Besitz ist, der Beweis obliegt [*a*], in Anspruch genommen [*b*], auch durch dingliche Klagen vom dritten Besitzer zurückgefodert werden [*c*]. Um das weitere Detail der Lehre von der

[*a*] L. 7. §. ult. de liberal. causs. (40. 12.).

[*b*] S. Tit. P. de liberal. causs. (40. 12.). Schmidt Lehrb. v. d. Kl. u. Einr. §. 255—59.

[*c*] S. unten die Lehre von den Eigenthumsklagen, und den Klagen gegen den Dieb.

Sklaverey vollständig darzustellen, müfste hier die Lehre von der Römischen Sklaverey, und der Deutschen Leibeigenschaft mit einander in allen Theilen verglichen werden. Allein, da jene den Römischen Alterthümern, und diese dem Deutschen Privat-Recht angehört; so kann der Pandekten-Vortrag sich weder über die eine, noch über die andre verbreiten.

§. 553.

Natur der Freyheit.

Wer frey ist, kann vermöge der Natur der Freyheit alle widerrechtlichen Beschränkungen derselben von sich abzuwenden suchen, und zwar entweder durch Selbstvertheidigung (§. 58.), oder gerichtlich durch Anstellung der sogenannten *actio de libertate affirmativa* [d]. Wird ein ausgemacht freyer Mensch, er sey von seinem Zustande unterrichtet, oder nicht [e], von einem Andern arglistig [f], und ohne eigne Zustimmung zurückgehalten [g], so kann von einem Jeden aus dem Volk [h] gegen den Unterdrücker das *interdictum de libero homine exhibendo* auf Stellung und Auslieferung gerichtet [i], auch damit eine peinliche Anklage verbunden werden [k].

§. 554.

II) Ingenuität.

Nicht jeder Freye ist freygeboren, oder immer frey gewesen. Wird Jemand von einer, seine ganze Person afficirenden Sklaverey (*servitus iusta*) befreyt, so heifst er ein Freygelassener [l]. Wegen dieses Zustandes finden denn auch *actiones de libertinitate affirmativa* und *negativa* statt [m]. Das Weitere über diese Materie mufs hier aber wieder wegen gleicher Gründe theils aus den Antiquitäten und Institutionen als bekannt vorausgesetzt, theils den Vorlesungen über das Deutsche Privatrecht überlassen werden.

[d] §. 3. I. de action. (4. 6.) L. 7. §. 5. de liberal. causs. (40. 12.).

[e] L. 3. §. 1. 7. L. 4. §. 1. de hom. lib. exhib. (43. 29.).

[f] L. 1. pr. L. 3. §. 2. eod.

[g] L. 1. L. 3. §. 5. eod.

[h] L. 3. §. 9. eod.

[i] L. ult. §. 2. eod.

[k] L. 3. pr. eod. L. 6. §. ult. de lege Fabia de plagiar. (48. 15.).

[l] Vergl. Tit. I. de libertin. (1. 5.) mit Jensen de patria Romanor. potest. §. 3. 4. 9. 13. 14.

[m] L. 14. D. de probat. (22. 3.).

§. 555.

III) Bürgerrecht. Auch die Lehre von dem Römischen und Deutschen Bürgerrecht, den verschiedenen Arten desselben, und den, sich darauf gründenden, den übrigen Präjudicial-Klagen völlig analogen affirmativen und negativen Klagen [*n*], muſs hier gleichfalls, um Wiederholungen zu vermeiden, übergangen werden.

Zweyter Abschnitt.

Dingliche Rechte, welche sich auf Sachen beziehen.

Einleitung.

§. 556.

Arten. Die dinglichen Rechte, welche sich auf Sachen beziehen, sind wieder zwiefach. Einige derselben haben ihrer Natur nach eine sogenannte *universitas iuris* (§. 262.) zum Gegenstande; andre hingegen nicht. Zu den ersten gehört das Erbrecht. Die letzten zerfallen in zwey Hauptarten: Eigenthum, und Rechte an dem Eigenthum eines Andern. Unter die letzte Rubrik gehören die vier Unterarten: Dienstbarkeiten, Pfandrecht, Emphyteusis und Superficies. In manchen Fällen ist ausnahmsweise mit diesen Rechten keine dingliche Klage verknüpft, und dann darf man sie freilich insofern nicht zu den dinglichen zählen, wiewohl diese Abweichungen, um das natürlich Verbundene nicht zu zerreiſsen, nur beyläufig angeführt werden dürfen.

§. 557.

Iura directa, utilia. Obgleich alle dinglichen, sich auf Sachen beziehenden Rechte als solche mit einer Vindication verknüpft sind, so ist doch immer, im Geist

[*n*] Vergl. Schmidt Lehrb. v. d. Kl. u. Einr. §. 277—288.

des Römischen Rechts, ein merkwürdiger Unterschied unter ihnen in Ansehung des Grundes, worauf das Vindications-Recht beruht. In vielen Fällen kann nämlich die Vindication nach der Strenge des Rechts (direct) angestellt werden, in andern hingegen nur vermöge der, dem strengen Recht widerstreitenden Billigkeit (*utiliter*) [o]. Diese, auch auf andre Klagen passende [p] Eintheilung in *vindicationes directas* und *utiles* hat denn die Glossatoren veranlafst, die dinglichen Rechte in *iura directa* und *utilia* einzutheilen, je nachdem sie durch eine *vindicatio directa* oder *utilis* geschützt werden können. Hienach gibt es denn ein *dominium directum*, und *utile; servitutes directas* und *utiles* u. s. w. [q]. Man mufs sich jedoch bey dieser, an sich richtigen Eintheilung gegen den gemeinen Irrthum verwahren, als ob dieses und jenes Recht an dem Eigenthum eines Andern, wie die Emphyteusis und Superficies, gleichfalls ein *dominium utile* sey. Denn da solche Rechte überhaupt nicht unter dem Begriff des Eigenthums stehen, so kann auch der Begriff des Billigkeits-Eigenthums nicht darauf passen [r].

Erste Abtheilung.

Ueber dingliche Rechte, deren Gegenstand keine *universitas* ist.

Erstes Capitel.

Ueber das Eigenthum.

§. 558.

I) Natur des Eigenthums. Das Eigenthum (*dominium*) ist das, gewöhnlich [s] dingliche Recht, vermöge

[o] I. C. S. Topp de utilis rei vindicationis speciebus. Helmst. 1750.

[p] S. oben §. 70.

[q] Glossa ad L. 1. de bonor. poss. (37. 1.) L. 15. §. 16. de damn. infect. (39. 2.) L. 1. C. de thesaur. (10. 15.). Bartolus comm. ad L. 16. de acquir. vel amitt. poss. n. 5. 6.

[r] Meine Versuche 2. B. n. 3.

[s] Eine wichtige Ausnahme machen häufig die Statuten der Deutschen Handelsstädte, worüber das Deutsche Privat-Recht nachzusehen ist. H. Bodinus de rei vindicat. contra b. f. possessorem non competente. Hal. 1703.

dessen Natur Jemandem die unbedingte Befugnifs zusteht, über eine einzelne körperliche Sache zu selbstnützigen Zwecken nach Willkühr zu schalten [t]. Da die Aeufserung der Natur eines Rechts durch äufsere Beschränkungen gehemmt werden kann, so läfst es sich mit jenem Begriff sehr wohl vereinigen, wenn das Recht des Eigenthümers durch Gesetze, oder Willkühr beschränkt wird. Aber eben dadurch charakterisirt sich doch immer sein Recht, dafs es in seinem unbedingten Umfange wieder wirksam wird, sobald jene Beschränkungen wegfallen.

§. 559.

1) Nach allgemeinen Grundsätzen. A) Umfang.

Das Eigenthum, in Rücksicht seines Umfangs betrachtet, erstreckt sich nicht blofs auf die Substanz der Hauptsache, sondern auch auf die Accessionen. Zu Grundstükken gehört die, über denselben befindliche Luftsäule als Nebentheil [u], so wie zu dem Grundstück selbst, nach gemeinem Recht, alles zu rechnen ist, was in umgekehrter Richtung unter der Erdfläche liegt [x]. In Rücksicht seiner Dauer ist es an sich immerwährend, sofern nicht äufsere Beschränkungen eine Aenderung machen.

§. 560.

B) Theile. a) Nutzungs-,

Die, in dem Eigenthum enthaltenen Rechte zerfallen in zwey Haupt-Classen: Nutzungs- und Proprietäts-Rechte. Der Begriff der letzten ist blofs negativ, nämlich: Inbegriff der, nach Abzug der Nutzungsrechte vom Eigenthum übrig bleibenden Befugnisse [y]. Die ersten enthalten a) das Recht des Fruchtgenusses, wohin man auch das Recht, sich der Mineralien und Gewässer eines Grundstücks zu

[t] Ueber die sehr verschiedenen Definitionen Anderer vergl. Rebhahn paralipom. Meieriana Dec. 5. qu. 9. Majer Autonomie §. 8—15. und die allgemeine Natur des Eigenthums; Westphal de libertat. praediorum überall; C. Thomasius de dominio eiusque natura in gen. intuitu iur. germ. priv. Hal. 1721. C. G. Biener de natura et indole domin. in territ. germ. Hal. 1780. Reinhard Vers. einer system. Einl. in die Lehre vom Eigenthumsrecht. Giess. 1801. J. C. Hasse v. d. ehel. Gütergemeinschaft. Kiel. 1808. S. 24. fgg.

[u] L. 36. de serv. praed. urb. (8. 2.) L. 1. de servit. legat. (33. 3.).

[x] L. 7. §. 13. 14. L. 8. solut. matrim. (24. 3.) L. 9. §. 2. 3. L. 13. §. 5. de usufr. (7. 1.).

[y] §. 4. I. de usufr. (2. 4.) L. 2. pr. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.).

bedienen, Quellen zu eröffnen, und Mühlen und Fähren anzulegen, zählen kann [z], so wie b) das Recht des sonstigen Gebrauchs, ohne Fruchtgenufs. Jeder kann daher auf seiner Sache handeln, wie er will, sofern nicht das Eigenthum des Andern dadurch verletzt wird, wie z. B. durch Verbreitung eines übermäfsigen Rauchs [a]. An eben diese, aber keine andren Beschränkungen, ist denn auch das Recht, Keller, Brunnen, Bäder, heimliche Gemächer, und Backöfen anzulegen, gebunden; nur müssen in allen Fällen die gesetzlichen Zwischenräume (§. 583.) beobachtet werden [b].

§. 561.

b) Proprietätsrechte. Insbesondere Klagen.

Zu den Proprietätsrechten gehört 1) das Recht der Veräufserung, worunter im engern Sinn die Uebertragung des ganzen Eigenthums [c], im allgemeinen Verstande aber jede gänzliche, oder theilweise, bedingte oder unbedingte Aufgebung oder Uebertragung begriffen wird [d]. 2) Die Befugnifs, über die Substanz der Sache nach Willkühr zu schalten [e], also z. B. wo Statute nicht entgegenstehen, ein Gebäude höher aufzuführen [f], neue Fenster anzulegen [g], und Grundstücke einzuhägen; welches Letzte jedoch in Friedenszeiten nicht bis zu einer militärischen Befestigung ausgedehnt werden darf [h]; so wie überhaupt nach der gemeinen

[z] L. 24. §. ult. de damn. infect. (39. 2.) L. 1. §. 11. de aqua pluv. (39. 3.) L. 4. L. 10. C. de servit. (3. 34.). Kress spec. iur. civ. L. 1. T. 2. §. 44. Mevius P. 9. Dec. 72. Danz Handb. d. d. Priv. R. 2. B. §. 139 — 178. I. B. Friesen de iure fontium. Ien. 1711. N. C. Lynker de iure minerarum. Ien. 1695.

[a] L. 8. §. 5. 6. si servit. vindic. (8. 5.).

[b] vergl. hier Carpzov Decis. n. 104. Voet Comm. L. 8. T. 2. §. 15. P. Müller de interstitio praediorum. Ien. 1679. Th. 47 — 54.

[c] L. 1. C. de fundo dotali (5. 23.).

[d] L. ult. C. de reb. alien. non alienand. (4. 51.).

[e] L. 24. de S. P. U. (8. 2.) L. 8. 9. C. de servit. (3. 34.).

[f] L. 12. §. 1. C. de aedific. privat. (8. 10.) L. 8. 9. C. de servit. (3. 34.). H. Kluver comment. ad ICtor. axioma: cuilibet in suo ad coelum usque aedificare licet. Ien. 1709.

[g] L. 8. §. 5. si serv. vind. (8. 5.). Doneil comm. L. 11. c. 5. Pufendorf T. 1. Obs. 196. — A. M. ist Cuiac Obs. L. 1. cap. 31. Duaren Disp. L. 1. c. 33.

[h] arg. L. 10. C. de aedific. privat. (8. 10.). Westphal de libertate praediorum §. 23.

Meynung, dem Eigenthümer solche Veränderungen der Substanz nicht gestattet werden, welche blofs zum Necken und Aergern (*in aemulationem*) eines Andern abzwecken [*i*]. Endlich liegt 3) in der Proprietät in der Regel die Befugnifs, sich in dem Besitz aller Nutzungs- und Proprietätsrechte zu schützen, und zwar A) aufsergerichtlich durch Selbstvertheidigung [*k*], welche selbst das Recht ertheilt, die Sache eines Andern, wodurch man die seinige zu verlieren fürchtet, zu zerstören [*l*], und B) durch mannigfaltige gerichtliche Zwangsmittel.

§. 562.

Fortsetzung. Diese Rechtsmittel sind theils possessorisch, theils petitorisch. Die ersten sind bereits oben (§. 312. fgg.) erwähnt. Die letzten zerfallen wieder in zwey Arten, je nachdem sie nämlich das ganze Eigenthum, es sey nun als ausschliefslich, oder gemeinschaftlich verfolgen, oder nur einen theilweisen Eingriff in das Eigenthum zu verhindern suchen. Das Letzte geschieht durch die, unten in der Lehre von den Servituten zu erörternde Negatorien-Klage; im ersten Fall hingegen stellt der Eigenthümer die *rei vindicatio*, *actio publiciana*, *actio communi dividundo*, und *finium regundorum* an, welchen oft die, hier gleichfalls zu erörternde *actio ad exhibendum* vorhergeht.

§. 563.

aa) Rei vindicatio. Kläger. Will Jemand seine Sache als Eigenthum von jedem Nichteigenthümer, welcher ihm dasselbe streitig macht, zurückfodern: so mufs er zu diesem Zweck die *rei vindicatio* anstellen [*m*]. Der Kläger ist hier der, welcher nach den, unten folgenden Grundsätzen, das Eigenthum der Sache erworben zu haben behaupten kann [*n*], oder dessen Stellvertreter [*o*], und zwar, im Fall der Collision, der,

[*i*] S. oben §. 56.

[*k*] L. 1. pr. §. 1—8. de arborib. caed. (43. 27.).

[*l*] L. 1. ad L. Rhod. de iactu (14. 2.) L. 3. §. 7. de incend. ruin. naufr. (47. 9.) L. 7. §. 4. quod vi (43. 24.). Westphal de libert. praed. §. 47.

[*m*] G. Obrecht de rei vindicatione (Disp. n. 12.). Gundling de rei vind. ex iure Rom. et patr. Hal. 1726. Westphal v. d. Arten der Sachen §. 893—982.

[*n*] L. 23. pr. de R. V. (6. 1.).

[*o*] L. 1. C. de bon. matern. (6. 60.) L. 16. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.).

welcher früher die Sache vollständig an sich brachte [p]; nur muſs auf allen Fall das Recht, worauf sich der Kläger gründet, nicht ein, durch die Billigkeit elidirtes strenges Recht seyn [q]. Verliert der Kläger während des Processes das Eigenthum, so muſs er die Klage fallen lassen [r]; erwirbt er aber erst nach angestellter Klage dasselbe, so kann diese bloſs dann nicht weiter fortgesetzt, und es muſs bloſs dann eine neue Klage angestellt werden, wenn die Klage das Eigenthum aus einem, zugleich speciell angegebenen Erwerbungsgrunde verfolgte [s].

§. 564.

Beklagter. Der Beklagte ist der Besitzer der Sache, er besitze nun wirklich [t], oder werde als fingirter Besitzer behandelt [u]; doch kann sich der, welcher Namens eines Andern detinirt, durch Nennung des Auctors befreyen [x]. Ob der Beklagte schon bey der Einlassung besaſs, oder von da an bis zum Urtheil den Besitz erwarb, ist einerley [y]. Umgekehrt fällt aber auch die Klage gegen ihn weg, wenn er im Lauf des Processes, ohne seine Schuld, den Besitz verliert [z]. Hat Jemand, vor Anstellung der Klage, sich im guten Glauben des Besitzes entäuſsert, so ist eine *actio in factum* bloſs auf das, was ihm bey Gelegenheit der Sache als reiner Gewinn zugewachsen ist, gegen ihn zulässig [a]. Die Surrogate treten also nicht an die Stelle der Sache [b].

[p] L. 72. de R. V. (6. 1.) L. 15. C. eod. (3. 32.).

[q] L. 73. de evict. (21. 2.) L. 12. C. h. t. (3. 32.). E. C. Westphal v. d. Fällen, da der Eigenthümer seine Sache gar nicht, oder nicht unentgeltlich abfodern kann. (Hal. Anz. 1786. n. 5. fgg.).

[r] L. 27. §. 1. de R. V. (6. 1.). S. auch unten §. 1136. a. E.

[s] Das Römische Recht ist streitig. Voet L. 6. T. 1. §. 4. Averan interpr. L. 10. c. 23. entscheidend aber cap. 3. de sentent. et re iudic. in 6. (2. 14.) Cocceii I. C. L. 6. T. 1. qu. 2.

[t] L. 27. §. 1. L. 42. L. 55. de R. V. (6. 1.) L. 7. §. 4. ad exhib. (10. 4.).

[u] L. 25. L. 26. L. 27. §. 3. L. 36. de R. V. (6. 1.).

[x] L. 9. eod. L. 2. C. ubi in rem act. (3. 19.).

[y] L. 27. §. 1. de R. V. (6. 1.).

[z] L. 36. §. 1. L. 69. L. 70. eod. Voet eod. §. 33.

[a] L. ult. de neg. gest. (3. 5.) L. 17. pr. de R. V. (6. 1.) L. 23. de R. C. (12. 1.). Voet L. 6. T. 1. §. 10. 11. Lauterbach coll. L. 18. T. 4. §. 13.

[b] S. oben §. 262. und L. 3. L. 6. C. eod. L. 6. C. h. t. (3. 32.) L. 48. §. 7. de furt. (47. 2.).

§. 565.

Gegenstand. Der Gegenstand der Klage ist eine körperliche Sache [c], sie sey einzeln, oder bestehe aus einer Mehrheit einzelner Dinge [d]; bestimmt, oder, im Fall einer, erst aufzuklärenden Ungewifsheit, unbestimmt [e]; ein Ganzes, oder ein Theil desselben [f]. Ist sie trennbar mit einer andern, nicht in Anspruch zu nehmenden Sache vereinigt, so mufs erst durch die *actio ad exhibendum* (§. 578.) auf Trennung geklagt werden [g].

§. 566.

Verfahrungsart. Die Verfahrungsart ist hier folgende: Zuvörderst mufs ausgemacht werden, ob der Beklagte besitze. Wird der, den Besitz läugnende Beklagte des Lügens überwiesen, so mufs er nun zur Strafe die Stelle des Klägers vertreten [h]. Ist der Besitz ausgemacht, und läugnet der Beklagte das Eigenthum, es sey nun schlechthin, oder durch den positiven Gegensatz, dafs ihm selbst das Eigenthum zustehe (*exceptio dominii*, *contravindicatio* [i]), so mufs diefs der Kläger, nach vorgängiger genauer Beschreibung der Sache [k], erweisen. Dieser Beweis, wobey man sich jedes Beweismittels, also auch des Eidesantrages bedienen kann [l], ist dann sehr verschieden. Gründet sich der Kläger auf eine Erwerbungsart, welche durch sich selbst (wie Occupation, Accession und Verjährung) den wahren Eigenthümer ohne dessen Zustimmung ausschliefst: so bedarf es nur des Beweises der Existenz dieses Erwerbgrundes, und der Gegenbeweis, dafs ein Nichteigenthümer sein Auctor gewesen sey, ist hier unzulässig [m]. Stützt sich hingegen der Kläger auf eine, ihm

[c] L. 56. de R. V. (6. 1.).

[d] L. 1. §. 1. §. ult. eod.

[e] L. 76. §. 1. eod.

[f] L. 49. pr. §. 1. L. 76. pr. eod.

[g] L. 23. §. 5. eod.

[h] L. ult. de R. V. (6. 1.). Stryk U. M. eod. §. 6. Voet eod. §. 26.

[i] G. C. Wölker de exceptione dominii. Altd. 1683. c. 3. n. 4. fgg. H. Berger de contravind. Viteb. 1708.

[k] L. 6. eod. L. 19. de furtis (47. 2).

[l] L. 34. de iureiur. (12. 2.) L. 4. C. de probat. (4. 19.). M. H. Griebner de probatione dominii per iuramenti delationem. Lips. 1733.

[m] Berger de maturanda dominii probat. per usucap. Vit. 1709.

willkührlich geschehene Uebertragung, so muſs er darthun, daſs die Sache durch ein rechtsgültiges Geschäft auf ihn gekommen sey; doch muſs er sich hier den Gegenbeweis, daſs ein Nichteigenthümer ihm die Sache übertragen habe, gefallen lassen [*n*]. Das Letzte fällt bloſs dann weg, wenn Jemand vom Fiscus, oder dem Regenten eine Sache als Eigenthum derselben rechtsbehörig erstanden hat; wobey jedoch dem wahren Eigenthümer vier Jahre sein Regreſs auf Entschädigung gegen den Fiscus offen bleibt [*o*]. Auch versteht es sich, daſs, wenn Jemand eine mit seinem Gelde angeschaffte Sache vindicirt, die Anschaffung rechtsgültig für ihn geschehen seyn muſs. Doch haben einige Personen, gegen allgemeine Grundsätze [*p*], das Vorrecht, daſs ihnen der Titel eines Andern als der ihrige angerechnet wird. Dahin gehören a) Soldaten in Ansehung der, mit ihrem castrensischen Gelde erkauften Sachen [*q*]; b) Mündel, wenn der Vormund einseitig mit ihrem Gelde Sachen erkauft, und zwar ohne Rücksicht, ob der Vormund sie sonst entschädigen kann, oder nicht [*r*]; c) Kirchen, weil ihnen die Praxis die Rechte der Mündel einräumt [*s*]. Manche setzen noch hinzu d) die Frau, in Ansehung der, mit ihren Dotal-Geldern erkauften Sachen, so wie e) wenn der Mann insolvent ist, in Ansehung der Sachen, welche der erste mit Geschenken, welche er von der Frau erhielt, käuflich an sich brachte [*t*]. Allein im ersten Fall hat die Frau gar kein Vor-

[*n*] Abweichend ist die Theorie der Praktiker, wie man sie bey Struv cum not. Mülleri L. 6. T. 1. §. 12. findet, und noch mehr abweichend ist Schöman Handb. 2. B. S. 50 — 54.

[*o*] L. 2. 3. C. de quadr. praescr. (7. 37.) L. 5. C. de fide et iure hastae fisc. (10. 5.). Slevogt de alienat. fisci vel imperatoris privilegiati. Ien. 1708. 1745. I. C. Heimburg de fisco res debitorum iure creditoris distrahente. Ien. 1738.

[*p*] L. 6. C. de R. V. (3. 32.). F. Olearius de r. v. non competente alteri cuius pecunia res emta. Lips. 1714. cap. 1.

[*q*] L. 8. C. de R. V. (3. 32.). S. überh. F. Olearius Diss. cit. c. 2. A. M. sind Westphal P. R. §. 100. Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 364—376.

[*r*] L. 2. quando ex facto tutor. (26. 9.) L. 2. 4. C. eod. (5. 39.) L. 3. C. arbitr. tutel. (5. 51.). A. M. ist Westphal Pfandrecht. §. 100.

[*s*] I. H. Boehmer de admin. bon. eccl. c. 2. §. 14.

[*t*] wegen L. 55. de donat. int. V. et U. (24. 1.). Voet L. 6. T. 1. §. 21.

recht [u], und im letzten blofs ein Separations-Recht im Concurse ihres Mannes [x].

§. 567.

Zweck der Klage.

Der Zweck der Klage ist, dafs die Sache sofort mit allen Accessionen, — auf welche letzten der Richter von Amtswegen, ohne dafs jedoch nachher, wenn sie übergangen wurden, eine besondere Klage defshalb zulässig ist [y], Rücksicht nehmen mufs [z] — als Eigenthum des Klägers restituirt werde [a]. Die Restitution kann der Kläger am Ort, wo die Sache liegt, oder bey Mobilien auch am Ort der Klage verlangen; jedoch im letzten Fall, sofern dem Beklagten die Entfernung der Sache nicht zur Last fällt, auf seine Kosten [b]. Ist etwas zu Grunde gegangen, oder abhanden gekommen, und zwar 1) durch Zufall, so haftet der Besitzer in gutem Glauben für nichts [c], der Besitzer im bösen Glauben aber so weit, als jeder säumige Schuldner [d]. War 2) ein Versehen Schuld daran, so erstattet der Besitzer im bösen Glauben, dem dann aber auch das Recht zusteht, Cession der Klagen zu verlangen, den vollen Werth; dem Besitzer im guten Glauben hingegen liegt diese Verpflichtung blofs dann ob, wenn er das Versehen nach der Einlassung beging [e]. Ward aber 3) die Sache arglistig veräufsert oder vernichtet, so trit unbedingte Verurtheilung ein [f].

§. 568.

Besonders die Früchte.

In Ansehung der Früchte ist noch insbesondere zu unterscheiden: 1) Der Besitzer in bösem Glauben (und dazu gehört in dieser Hin-

[u] S. über diese Controverse oben §. 453.

[x] In so weit folge ich Westphal und Dabelow a. a. O. und Glück Comm. 8. B. §. 585.

[y] Vergl. oben §. 264.

[z] L. 13. C. de usur. (4. 32.) L. 3. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.).

[a] L. 17. §. 1. L. 20. de R. V. (6. 1.).

[b] L. 10. 11. 12. eod.

[c] L. 15. §. ult. L. 16. eod.

[d] Vergl. oben §. 102 — 105. und L. 15. §. ult. L. 16. cit. L. 40. de her. pet. (5. 3.) L. 14. §. 11. quod met. causs. (4. 2.) L. 12. §. 4. ad exh. (10. 4.).

[e] L. 21. L. 36. §. 1. L. 45. L. 63. de R. V. (6. 1.).

[f] L. 35. §. 2. L. 63. L. 68. L. 79. eod.

sicht auch der bisherige Besitzer in gutem Glauben nach der Einlassung auf die Klage) gibt alle hängenden, separirten, und percipirten Früchte heraus, und ist selbst wegen der verzehrten und vernachlässigten (§. 268.) verantwortlich [g]; doch mit dem Unterschiede, daſs der wahre Besitzer in bösem Glauben selbst das zu restituiren hat, was der Kläger hätte gewinnen können, während die Einlassung dem Besitzer in gutem Glauben nur die Pflicht auflegt, für das zu haften, was er nach seinen Kräften hätte gewinnen können [h]. Wegen vernachlässigter Zinsen haftet der Besitzer in bösem Glauben jedoch nicht, und braucht selbst die genossenen nicht herauszugeben, es sey denn, daſs der Kläger ihm die Gefahr des Capitals abnehmen wollte [i]. 2) Der Besitzer in gutem Glauben braucht a) die consumirten und verjährten Früchte nicht zu vergüten [k]. b) Existiren die Früchte unverjährt, so muſs er die hängenden heraus geben. An den separirten erhält er sofort ein abgesondertes [l] interimistisches Eigenthum; doch muſs er sie gleichfalls restituiren, selbst die percipirten künstlichen Früchte [m]. Uebrigens muſs der Richter wegen der, nach der Einlassung gezogenen Früchte von Amtswegen auf Restitution sprechen [n].

[g] L. 33. L. 35. §. 1. L. 62. §. 1. de R. V. (6. 1.) L. 5. C. eod. (3. 32.). Cocceii I. C. L. 6. T. 1. qu. 12.

[h] L. 62. §. 1. de R. V. (6. 1.) §. 2. in f. I. de offic. iud. (4. 17.). Weber zu Höpfner §. 333. not. *.

[i] L. 62. eod. L. 20. §. 14. L. 30. de her. pet. (5. 3.) L. 67. §. 1. pro socio (17. 2.).

[k] §. 35. I. de rer. div. (2. 1.) L. 4. §. 2. fin. reg. (10. 1.). A. F. Trendelenburg selecta cap. de iure possessor. circa fruct. perc. Kil. 1775. cap. 3. A. M. ist Moeckert de b. f. possessore singulari a restitut. fructuum non semper immuni. Ien. 1763.

[l] Vergl. Savigny vom Besitz. 2. Aufl. §. 22. a.

[m] L. 48. de A. R. D. (41. 1.) §. 35. I. de R. D. (2. 1.) L. 22. C. de R. V. (3. 32.). Die Ideen der neueren Juristen sind hier sehr verschieden. Vergl. L. G. Madihn de b. f. possessore singulari a restitut. fructuum perceptorum immuni. Hal. 1764. Cuiac in Africano ad L. 40. de A. R. D. A. M. sind Vinnius qu. sel. L. 1. cap. 26. A. P. Frick de iure b. f. possessoris circa fruct. Helmst. 1769. c. 3. Müller ad Leyser Obs. 244. C. G. Gmelin fructuum perceptio modis acquir. naturalibus vindicata. Tub. 1799. Schöman vom Schadensersatz. 2. B. S. 158 — 189. vergl. mit Heidelb. Jahrbücher 1808. 1. St. S. 88. 89.

[n] L. 35. §. 1. h. t. (6. 1.) L. 25. §. 8. de aedil. edict. (21. 1.).

§. 569.

Gegenfoderungen. Der Beklagte kann aber auch von seiner Seite manche Gegenfoderungen machen. Man bemerke: 1) den, für die Sache gegebenen Preis kann der Beklagte nicht fodern [o], ausgenommen a) wenn er zum Nutzen des Klägers verwandt ist [p]; b) wenn der Beklagte die Sache absichtlich zum Besten des Klägers an sich brachte, oder c) wenn sie, sofern der Beklagte sie nicht erkauft hätte, für den Kläger gewiſs auf immer würde verloren gegangen seyn [q]. 2) Hat der Beklagte sich nicht zeitig auf andre, ihm an der Sache zustehende Rechte, z. B. Nieſsbrauch oder Pfandrecht, berufen, so muſs er sie, Einwendens ungeachtet, unter Vorbehalt der besonderen Ausführung, herausgeben [r]; auch schützt ihn dagegen nicht unbedingt die, von einem Dritten erhobene Klage [s]. 3) Hat der Beklagte Auslagen (§. 266.) gemacht, so unterscheide man: A) die, auf die Früchte gewandten, sind ihm nur insofern zu vergüten, als er die Früchte restituirt [t]. Sind sie B) auf die Sache selbst gewandt, so kann a) für die nothwendigen von jedem Besitzer, den Dieb ausgenommen, unbedingt Vergütung gefodert werden [u]. b) Für die nützlichen kann der Besitzer im guten Glauben, wenn sie mäſsig sind, insofern Entschädigung fodern, als sie existiren; der Besitzer im bösen Glauben hat aber deſswegen keine Foderungen, sondern darf sie nur wegnehmen, sofern es ohne Schaden der Hauptsache möglich ist [x]. Dieſs Letzte gilt c) unbedingt in Ansehung der zierenden Verwendungen, wenn sie nicht im Verhältniſs zum Kläger als nützliche anzusehen sind [y]. 4) Der Beklagte muſs alle Verwendungen, welche er an sich

[o] L. 23. C. de R. V. (3. 32.) L. 2. C. de furt. (6. 2.). S. überh. Zoepfel de vindicat. non elidenda per exceptionem pretii non soluti. Westphal in der §. 563. not. 5. angef. Abh. Franzke resol. L. 2. qu. 9.

[p] L. 16. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.).

[q] L. 6. de captiv. et postl. (49. 15.) L. 11. C. de negot. gest. (2. 19.). Struben 3. B. 4. Bed. S. auch überhaupt Franzke resol. L. 2. qu. 9.

[r] Nov. 18. c. 10.

[s] L. 57. 58. de R. V. (6. 1.).

[t] L. 36. §. ult. de hered. petit. (5. 3.).

[u] L. 5. C. de R. V. (3. 32.) L. 1. C. de infant. expos. (8. 52.) L. 13. de condict. furt. (13. 1.). Voet L. 6. T. 1. §. 36.

[x] L. 38. de R. V. (6. 1.) L. 2. L. 5. C. eod. (3. 32.) L. 7. §. 12. de A. R. D. (41. 1.).

[y] L. 29. 38. de R. V. (6. 1.) L. 5. C. eod. (3. 32.).

wegnehmen darf, bey der Sache lassen, sobald sie ihm der Kläger vergüten will [z]; auch muſs er erst immer auf seine Foderungen das abrechnen, was er durch genossene Früchte gewonnen hat [a]. Eine Klage wegen seiner Verwendungen gestatten ihm in der Regel die Gesetze nicht, sondern nur eine Einrede, solange er besitzt [b]; indeſs räumt ihm doch die Praxis eine *actio negotiorum gestorum utilis* ein [c].

§. 570.

bb) Actio publiciana. In Ansehung der Foderungen mit der *rei vindicatio* übereinstimmend [d], aber in Rücksicht des Grundes von derselben verschieden, ist die, nach ihrem Erfinder sogenannte *actio publiciana* [e], welche nach ihrer ursprünglichen Natur von jedem angestellt werden kann, dem eine Sache abhanden kam, deren Eigenthum er durch Usucapion hätte erwerben können, wenn er im Besitz der Sache geblieben wäre, und zwar gegen einen jeden, aus weniger starken Rechtsgründen besitzenden Inhaber der Sache [f].

§. 571.

Kläger. Der Kläger ist der, welcher den Besitz verlor, womit die Erfodernisse der Usucapion verbunden waren [g]. Selbst der wahre Eigenthümer, welcher sich den Beweis erleichtern will, kann sich derselben bedienen, auch mit derselben alternativ die *rei vindicatio* cumuliren [h]. Später hat man sie, mit

[z] L. 38. cit.

[a] L. 48. L. 65. eod. Leyser Spec. 99. m. 7.

[b] L. 48. cit. §. 30. I. de rer. divis. (2. 1.) L. 7. §. 12. de A. R. D. (41. 1.). Herald de rer. iudicat. auct. L. 2. c. 23. (Otto Thes. T. 2.). Faber error. pragm. D. 26. E. 9. 10. Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 24. A. M. sind Cuiac Obs. L. 10. c. 4. Malblank princ. §. 405.

[c] Wunderlich de remed. quae pro servandis recuperandisve expensis in rem al. fact. b. f. poss. competunt. Ien. 1758. Grass de impens. in rem alien. fact. §. 20. fgg. Struben 3. B. 76. Bed.

[d] L. 7. §. 8. de public. in rem act. (6. 2.).

[e] Reinold de edicto publiciano (op. p. 348.). Estor kleine Schrift. 12. Thl. L. G. van der Horst rei vind. et public. in rem act. Lugd. B. 1784. Westphal Syst. d. Arten der Sachen §. 983. fgg. I. H. Ober de public. in rem act. s. rei v. praetoria. Arg. 1775. Woltaer Obs. de act. public. indole et natura (opusc. F. 2.).

[f] §. 4. I. de action. (4. 6.).

[g] §. 4. I. de action. (4. 6.).

[h] C. 3. de sent. et re iudic. in 6. (2. 14.). Struv Ex. 11. §. 44. Gail Obs. L. 1. Obs. 62. Wernher P. 9. Obs. 23.

Ausnahme des Pfandgläubigers, auch denen gestattet, welche sich in Ansehung andrer dinglichen Rechte in einer, die ordentliche Verjährung begründenden Lage befanden [i].

§. 572.

Grund der Klage.

Zur Begründung der Klage gehört: 1) daſs die Sache durch Uebergabe in den Besitz des Klägers gekommen war, ausgenommen die Fälle, wo das Eigenthum ohne Uebergabe erworben wird [k]. Ferner muſs 2) die Uebergabe vermöge eines, die Verjährung begründenden Geschäfts, gesetzt auch, es sollte, wenn es mit dem wahren Eigenthümer geschlossen wäre, das Eigenthum nicht übertragen haben, geschehen seyn [l]; doch widerstreiten sich die Gesetze in Ansehung des Falls, wenn der Kläger die Sache in gutem Glauben von einem Rasenden erkauft hatte [m]. Auſserdem findet 3) die Klage nicht statt, wenn die Sache der Usucapion nicht fähig ist [n], so wie 4) wenn der Beklagte darthun kann, daſs der Kläger bey dem Anfange des Besitzes in bösem Glauben war [o]. Der nachher eingetretene böse Glaube schadet dem Kläger weder nach Römischem, noch nach Kanonischem Recht [p].

§. 573.

Der Beklagte.

Der Beklagte ist der, welcher die Sache besitzt, und zwar vermöge eines, dem Recht

[i] L. 11. §. 1. L. 12. §. 2. 3. L. 13. §. 1. h. t. (6. 2.). Westphal a. a. O. §. 988.

[k] L. 1. in fin. L. 2. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. L. 15. h. t. (6. 2.). Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 27. Heisler de rei nunquam possessae per action. public. vindicat. (Exerc. acad. n. 3.). A. M. ist Emminghaus ad Coccei i L. 6. T. 2. qu. 1. not. y.

[l] L. 6. L. 7. §. 4. L. 8. L. 9. §. 3. L. 13. §. 2. eod.

[m] L. 7. §. 2. 4. eod. vergl. mit L. 2. §. 16. pro emt. (41. 4.). Ueber deren versuchte Vereinigung s. Cuiac Obs. L. 16. c. 29. Faber coni. L. 1. c. 18. Robert animadv. L. 2. c. 27. Emminghaus ad Coccei i l. c. qu. 3.

[n] L. 9. §. 5. L. 12. §. 4. h. t. (6. 2.).

[o] L. 4. §. 18. L. 33. de usurp. (41. 3.) L. 48. §. 1. de A. R. D. (41. 1.) L. 48. de furt. (47. 2.) L. 3. C. de usuc. pro emt. (7. 26.).

[p] Stryk U. M. L. 6. T. 2. §. 4. Reinold de sequutae malae fidei adversus publicianam exceptione §. 4—14. (op. p. 674. fgg.). Meditat. über versch. R. M. 1. B. n. 38. A. M. sind Coccei i l. c. qu. 4. Schilter Ex. 16. §. 70. wegen L. 7. §. 5. ult. h. t. (6. 2.) L. 11. §. 3. eod. L. 15. §. 2. de usurp. (41. 3.).

des Klägers nicht gleichkommenden Grundes [q]. Sie kann also mit Erfolg nicht angestellt werden gegen den Eigenthümer, es sey denn, dafs derselbe gegen die Strenge des Rechts aus singulairen Gründen dem Kläger bey Anstellung der *actio publiciana* weichen müfste [r], und eben so wenig gegen einen solchen Besitzer, welcher vermöge seines Besitzes die Sache usucapiren kann. Fehlt dem Beklagten aber ein solcher Besitz, so mufs er weichen [s]. In Ansehung des Falles, wenn zweyen nach einander eine Sache übergeben ist, ist so viel klar, dafs, wenn beide von derselben Person die Sache erhielten, der erste Empfänger vorgeht. Geschah aber die Tradition von verschiedenen Personen, so sind hierüber die Gesetze wahrscheinlich ihrem Geist nach widerstreitend, aber doch grammatisch dahin vereinbar, *dafs* wenn beide Theile gegen einander streiten, der Besitzer, sonst aber der erste Empfänger vorgeht [t]. Im zweifelhaften Fall kann nur der jetzige Besitzer auf einen Vorrang Anspruch machen.

§. 574.

cc) Actio commun. divid.

Die *actio communi dividundo*, welche zu den *iudiciis divisoriis*, mithin auch zu den *duplicibus* (§. 312. a. E.) gehört, wobey überhaupt zunächst immer Gleichheit der Antheile vermuthet wird [u], setzt ein Miteigenthum [x] voraus, welches unstreitig ist [y], und hat Aufhebung desselben zum Zweck, welche denn auch wider solche Personen, denen sonst die Veräufserung nicht erlaubt ist,

[q] L. ult. in f. h. t. (6. 2.).

[r] L. 4. §. 32. de dol. mal. et met. except. (44. 4.) L. 68. L. 69. L. 70. L. 72. de R. V. (6. 1.) L. 14. h. t. (6. 2.) L. 28. de noxal. act. (9. 4.) L. 18. §. 15. de damn. inf. (39. 2.) L. 24. de except. rei iudic. (44. 2.). Schorch de act. public. advers. ipsum dom. compet. Erf. 1769.

[s] L. 9. §. 4. h. t. (6. 2.).

[t] L. 9. §. 4. cit. L. 14. qui pot. in pign. (20. 4.) vergl. mit L. 31. §. 2. de act. emt. (19. 1.). Ueber die mancherley Vereinigungsversuche s. Höpfner Comm. §. 345. not. 3. Emminghaus ad Cocceii L. 6. T. 2. qu. 2. Glück Comm. 8. B. §. 598. Schöman Handb. 2. B. S. 54—60.

[u] L. 13. de iudic. (5. 1.) L. 10. fin. reg. (10. 1.) L. 37. §. 1. de O. et A. (44. 7.) L. 29. pr. pro socio (17. 2.). G. L. Crell de praesumtione aequalitatis in iudiciis divisoriis. (Diss. T. 4. n. 12.).

[x] Ueber dessen Natur s. oben §. 215—217.

[y] L. 1. in fin. L. 4. pr. L. 11. commun. divid. (10. 3.).

durchgesetzt werden kann [z]. Das Wort Miteigenthum wird hier allgemein von jeder Gemeinschaft dinglicher, aber dabey theilbarer Rechte verstanden [*a*]. Nur der Pfandgläubiger eines Miteigenthümers kann den andern Miteigenthümer, weil diefs aufser seinem Recht liegt, nicht zur Theilung provociren [*b*], wiewohl er umgekehrt von demselben dazu aufgefodert werden kann [*c*]. Eben so wenig steht denen diese Klage zu, welche blofs persönliche gemeinschaftliche Rechte haben [*d*], oder nicht über das Miteigenthum zu schalten befugt sind [*e*].

§. 575.

Fortsetzung.

In der Hauptsache und zunächst geht die Klage auf Theilung. Kann der Richter diese nicht bewirken, so mufs er durch einen alternativen Niefsbrauch, oder Versteigerung der Sache einen Ausweg zu treffen suchen [*f*]. Nebenbey kann dadurch auch Ersetzung alles widerrechtlich verursachten Schadens [*g*], so wie in manchen Fällen Erstattung der gemachten Auslagen gefodert werden. Machte nämlich der Miteigenthümer die Verwendungen im Auftrage des andern, so versteht sich alles von selbst; that er es hingegen in der Absicht, sie für sich selbst aufzuwenden, so hat er nach der Strenge nur die Rechtsmittel, welche dem Beklagten bey der *rei vindicatio* zustehen [*h*]. Unternahm endlich ein Miteigenthümer etwas für den andern absichtlich, aber ohne Auftrag, so mufs man unterscheiden: a) er hätte sein eignes Interesse wahrnehmen können, ohne das des andern mit zu besorgen: dann kann er defswegen nur allein *actione negotiorum*

[z] L. 7. pr. de praed. et al. reb. min. (27. 9.) L. 17. C. eod. (5. 71.). H. Hildebrand Diss. 2. de eo quod iustum est quando maior minorem ad divisionem provocat. Lips. 1685.

[*a*] L. 7. pr. §. 2. 6. 7. 8. 10. 12. L. 19. §. 2. §. ult. h. t. (10. 3.).

[*b*] Ueber die Meynungen Andrer s. Gmelin de iure pignor. vel hypoth. quod quis in re sibi non propr. const. §. 32. in f.

[*c*] L. 7. §. 13. eod.

[*d*] L. 7. §. 5. 11. L. 19. eod.

[*e*] L. 7. de reb. eor. qui sub tutel. (27. 9.) L. penult. C. de praed. et aliis rebus minor. (5. 71.).

[*f*] L. 6. §. 10. L. 7. §. 10. L. 21. h. t. (10. 3.) L. 3. C. eod. (3. 37.).

[*g*] L. 20. L. 23. D. eod. L. 4. C. eod. Blankard ad L. 20. D. commun. divid. (Oelrichs Th. nov. V. 2. p. 281.).

[*h*] S. oben §. 569. a. E. und L. 14. §. 1. D. eod.

gestorum klagen und belangt werden [*i*]. Mufste er aber b) mit seinem Geschäft das des andern verbinden: so findet defswegen electiv die *actio communi dividundo* und *negotiorum gestorum* statt; doch kann in diesem Fall auch durch die letzte Klage, wenn von Entschädigung die Rede ist, nur Verantwortung wegen der *culpa in concreto* gefodert werden [*k*]. Uebrigens dauert die *actio negotiorum gestorum* auch nach Veräufserung des Antheils an der Sache, womit hier denn auch noch eine *actio utilis communi dividundo* concurrirt [*l*].

§. 576.

dd) Actio finium regund.

Sind da, wo es möglich ist [*m*], die Grenzen an einander liegender Grundstücke verwirrt, so kann jeder Eigenthümer, welcher die Verwirrung zugibt, und nicht blofs über Eingriffe des Andern klagt [*n*], die *actio finium regundorum* gegen den andern auf Berichtigung der Grenzen anstellen [*o*]. Es steht diese Klage aber nicht blofs Eigenthümern zu, sondern sie findet auch bey Verwirrung andrer Rechte statt [*p*]. Nur der Miteigenthümer kann diese Klage weder anstellen, noch dadurch belangt werden, wenn die Grenzen einer, ihm ausschliefslich gehörenden Sache mit der gemeinschaftlichen verwirrt sind [*q*].

§. 577.

Fortsetzung.

Der nächste Zweck der Klage, womit im Fall einer arglistigen Grenzverrückung auch

[*i*] L. 40. de negot. gest. (3. 5.) L. 41. pr. de R. C. (12. 1.).

[*k*] L. 3. C. de negot. gest. (2. 19.) L. 18. §. 1. C. fam. herc isc. (3. 36.) L. 25. §. 16. D. eod. (10. 2.). S. auch oben §. 254. nr. III. Voet L. 10. T. 2. §. 41. Emminghaus ad Coccei i L. 10. T. 3. qu. ult. Abweichend zum Theil ist Vinnius quaest. sel. L. 1. c. 28.

[*l*] L. 14. §. 1. in f. h. t. (10. 3.) L. 6. §. 1. L. 11. eod. Glück Comm. 11. B. §. 740.

[*m*] L. 2. L. 4. §. 10. 11. L. 5. L. 6. fin. regund. (10. 1.).

[*n*] Denn dann ist nach Umständen die rei vindicatio und actio viae receptae anzustellen. L. 2. eod. Leyser Sp. 454. m. 11.

[*o*] I. Oettinger Tract. de iure et controvers. limit. et fin. regund. Hanov. 1711. 2. B. 8. Cap. H. P. Ziegler de finium regund. iudic. Erf. 1771. A. F. C. Reinhard de finibus regundis. Erford. 1781. C. Seweloh Grenzrevision und Grenzberichtigung in rechtl. u. mathematischer Hinsicht. Fulda. 1808. 8.

[*p*] L. 4. §. 9. D. eod. cap. 3. X. de praebend. (3. 5.).

[*q*] L. 4. §. 7. D. eod.

eine peinliche Anklage verbunden werden kann [r], geht auf Berichtigung der Grenzen [s]; doch finden nebenbey auch Foderungen wegen des Interesse und der Verwendungen statt [t]. In der ersten Hinsicht ist es vor allen die Pflicht des Richters, durch Besichtigung und Kunstverständige, besonders durch die, schon den Römern bekannten [u], in Deutschland sehr häufigen Feldgeschworenen, so wie durch Erkundigungen und Zeugenabhörungen nach dem gewöhnlichen Gange des Processes die alten Grenzen auszumitteln [x]. Kann diess aber nicht geschehen, oder ist dabey neue Verwirrung zu befürchten, so muss, wenn die Parteyen sich nicht darüber vergleichen, nach billigem Ermessen eine neue Grenze gesetzt, und dem, welcher dabey etwas gewinnen sollte, die Verpflichtung zur Entschädigung aufgelegt, auch für Wiederherstellung der gesetzlichen Zwischenräume (§. 583.) gesorgt werden [y].

§. 578.

ee) Actio ad exhibendum.

Um die Rechtsverfolgung bey den Eigenthumsklagen zu erleichtern und möglich zu machen, gestattet das Römische Recht eine besondere, zu den *actionibus in rem scriptis* (§. 60.) gehörende Klage [z] unter dem Namen *actio ad exhibendum*. Die Natur derselben ist aber allmählig so erweitert, dass man sie nur durch folgende einzelne Sätze charakterisiren kann: A) Jeder, welcher dabey interessirt ist, eine Sache vorläufig zu sehen, welche ihm der Inhaber vorzeigen kann [a], um ein, ihm daran zustehendes dingliches, oder persönliches Recht verfolgen zu können, darf sich dieser Klage bedienen [b], ausgenommen, wenn er sich sonst durch andre Rechts-

[r] L. 2. de termino moto (47. 21.) C. C. C. Art. 114. C. H. Trotz de termino moto. Trai. ad Rhen. 1730. (Oelrichs Th. nov. Vol. 2. n. 3.).

[s] L. 8. §. 1. D. h. t. (10. 1.). Voet L. 10. T. 1. §. 4.

[t] L. 4. §. 1. 2. D. eod.

[u] Cujac Obs. L. 11. c. 5.

[x] L. 8. §. 1. L. 11. D. eod. L. 5. L. 5. C. eod. (3. 39.). I. R. A. §. 51. Stryk L. 10. T. 1. §. 5. Mynsinger Obs. L. 6. n. 26. Wernher P. 4. Obs. 137. 234. Leyser Spec. 114. m. 4.

[y] L. 2. §. 1. L. 3. L. 8. pr. D. eod.

[z] L. 2. 3. 4. 5. 9. ad exhib. (10. 4.).

[a] L. 12. §. pen. eod. §. 3. I. de officio iud. (4. 17.).

[b] L. 3. §. 3—10. L. 10. h. t. (10. 4.). Stryk L. 10. T. 4. §. 2. Emminghaus ad Coceii eod. qu. 3.

mittel helfen kann [c]. Ferner ist sie B) sehr nützlich, um auf einem kurzen Wege zu dem Besitz seiner Sache zu gelangen, welche der Inhaber nicht als Eigenthum in Anspruch nimt, deren Herausgabe aber auch nicht durch Interdicte von demselben erzwungen werden kann [d]. Nächstdem dient sie, C) die Trennung einer zu vindicirenden Sache zu bewirken [e]. Endlich kann sie D) auf Leistung des, durch den Eid des Klägers auszumittelnden vollen Interesse gerichtet werden, wenn der Beklagte eine Sache gänzlich corrumpirt, wenn er sie arglistig aus seinem Besitz geschafft, wenn er arglistig die Rechtsverfolgung derselben unmöglich gemacht hat, oder wenn er widerrechtlich die Restitution einer Sache verweigert, und der Kläger nicht geneigt ist, ihm dieselbe abzwingen zu lassen [f]. Wer zur Vorzeigung einstweilen unfähig ist, leistet für die Zukunft deſshalb Caution [g]. Die Kosten fallen in der Regel dem Kläger zur Last [h].

§. 579.

2) Beschränkung des Eigenthums. A) In der Dauer.

Das Eigenthum kann, wie jedes andre dingliche Recht, auf mannigfaltige Weise beschränkt werden, und zwar sowohl in Ansehung seiner Dauer, als in Ansehung der, in demselben enthaltenen Rechte. In der ersten Rücksicht lassen sich die zwey Fälle denken, daſs Jemandem das Eigenthum auf immer (*dominium perpetuum*), oder nur auf eine Zeit verliehen ist (*dominium temporale*). Das Letzte kann entweder schlechthin geschehen, oder unter ausdrücklich oder stillschweigend hinzugefügten, oder gesetzlich subintelligirten Bedingungen. Im letzten Fall pflegt man es ein widerrufliches Eigenthum (*dominium revocabile* oder *interimisticum*) zu nennen. Ist es von der letzten Art, so kann in der Regel [i] nach Existenz des, den Widerruf begründenden Thatumstandes nur das von dem Empfänger abgefodert werden, was er noch besitzt, keineswegs aber ist eine Vindication

[c] L. 3. §. 8. eod. L. 3. §. 10—13. de tab. exhib. (43. 5.). Voet L. 10. T. 4. §. 1.

[d] L. 5. §. 3. 4. 5. L. 9. §. 1. h. t. (10. 4.).

[e] L. 6. L. 10. eod.

[f] L. 5. §. 2. L. 9. §. 3. L. 17. eod. L. 46. de R. V. (6. 1.).

[g] L. 5. §. 6. L. 12. §. 5. h. t. (10. 4.).

[h] L. 11. §. 1. eod.

[i] Die Haupt-Principien liegen für diese Materie in §. 124.

gegen den dritten Besitzer zulässig. Soll die letzte stattfinden, so muſs durch Gesetze oder Verträge ausgemacht seyn, daſs unter den gegebenen Umständen die Uebertragung als vom Anfang an nichtig angesehen werden, oder auf diesen Fall ein Pfandrecht vorbehalten seyn solle; doch kann bey dem bloſsen Pfandrecht der Dritte durch Leistung des Interesse die Herausgabe der Sache abwenden [k]. Auf dieser Unterscheidung zwischen der, sich nur gegen den Empfänger, oder auch gegen jeden Dritten äuſsernden Widerruflichkeit beruht denn die Eintheilung der Neueren in *dominium revocabile ex nunc* und *ex tunc* [l].

§. 580.

B) Im Innern.

Ist der Eigenthümer in Rücksicht des Materiellen seines Rechts besonders gebunden, so nennt man das Eigenthum ein beschränktes (*limitatum*), und insofern diese Beschränkung von auſsen das Eigenthum unvollständig macht, unvollkommenes (*minus plenum*). Im Gegensatz hievon wird denn das, auf keine Art eingeschränkte Eigenthum das unbeschränkte (*illimitatum*), oder das volle (*plenum*) genannt. Das *dominium utile* (§. 557.) ist an sich keine Unterart des beschränkten Eigenthums, sondern kann auch ein volles seyn.

§. 581.

a) Gänzliche Beschränkung.

Sieht man auf den Grund der Beschränkung des Eigenthums, so kann dieser entweder in gesetzlichen Vorschriften, oder privatrechtlichen Dispositionen liegen. In Rücksicht des Umfangs hingegen lassen sich nur die zwey Hauptfälle unterscheiden: entweder wird einstweilen die Ausübung des ganzen Eigenthums gehemmt, und auf einen Andern übertragen; oder das Eigenthum wird nur zum Theil beschränkt. In jenem Fall nennt man das

[k] L. 9. §. ult. de pign. act. (13. 7.) L. 12. §. 1. quib. mod. pign. solv. (20. 6.). Lauterbach coll. L. 19. T. 2. §. 65.

[l] Vergl. L. 4. §. 3. 4. L. 6. de in diem addict. (18. 2.) L. 3. quib. mod. pign. vel hypoth. (20. 6.). Bachov de pignor. L. 5. c. 13. Vinnii quaest. sel. L. 2. c. 5. Grass de reditu domin. legal. Tub. 1744. Slevogt de dominio revocabili. Ien. 1706. Klein de dominio interimistico (Coll. Diss. n. 3.). I. P. Trummer de effectu hypoth. post resolutum domin. constituentis. Lips. 1741. §. 22 — 37.

beschränkte Eigenthum das *ruhende* (*dormiens*), oder *natürliche* (*naturale*); das, einstweilen einem Andern übertragene hingegen wird das *bürgerliche* (*civile*) genannt [*m*]. Das letzte erhält auch den Namen: *dominium interimisticum* [*n*].

§. 582.

b) Theilweise. aa) Pflicht zu leiden;

Die theilweisen Beschränkungen des Eigenthums lassen sich hier nicht sämmtlich aufzählen, weil die, auf Verträgen und Testamenten beruhenden unbegrenzt sind. Es können daher nur die gesetzlichen, und von den übrigen bloſs die wichtigsten, juristisch interessanten ausgehoben werden, wobey folgende drey Hauptfälle zu unterscheiden sind, nämlich I) Fälle, da der Eigenthümer etwas *leiden* muſs. Beyspiele einer, in der Regel nicht auf Gesetzen beruhenden Verpflichtung dieser Art enthält die ganze Lehre von den Servituten; von gesetzlichen Beschränkungen hingegen finden sich Fälle 1) in der Vorschrift, daſs man zwar über seinem Gebäude die Luftsäule ins Unendliche sich ausschlieſslich anmaſsen, bey leeren Grundstücken aber nur verlangen kann, daſs der Nachbar seine Bäume in den ersten 15 Fuſs von der Erde nicht überwachsen lasse [*]. Weigert sich der Nachbar, in jener Maſse seine Bäume durchaus, oder bis auf die Höhe von 15 Fuſs zu behauen, so kann man das Ueberstehende selbst wegnehmen und behalten, auch findet das *interdictum de arboribus caedendis* statt [*o*]. Eben so gehört hieher 2) das *interdictum de glande legenda*, welches dahin gerichtet werden kann, daſs der Nachbar des Klägers demselben wenigstens je um den dritten Tag (also auch nach drey Tagen) das Aufsammeln der, von seinen Bäumen auf das Land des ersten herübergefallenen Früchte gestatte [*p*].

[*m*] Vergl. L. 13. §. 2. de fundo dotal. (23. 5.) mit L. 30. C. de iure dotal. (5. 12.). Vinnius ad Instit. L. 2. T. 8. pr. Huber Digress. L. 4. c. 9.

[*n*] I. Sibrand de dominio interimistico. Rost. 1684.

[*] L. 1. §. 7. 8. de arbor. caed. (43. 27.). Umgekehrt stellt den Satz Hugo Rechtsgesch. 3. Aufl. §. 74.

[*o*] Tit. P. de arborib. caed. (43. 27.). Ueber den heutigen Gebrauch s. Stryk U. M. L. 41. T. 1. §. 28.

[*p*] Tit. P. de glande legenda (43. 28.). Hertel de iure glandis legendae. Ien. 1736. Ganz falsche Ideen über eine hier angeblich stattfindende dreytägige Verjährung hat mit den mehrsten Juristen: H. Hil-

Ein gleiches Recht hat man wegen andrer, durch Zufall auf das Land eines Andern geführten Sachen [q]. Von eben der Art ist 3) die Vorschrift, dafs man den natürlichen Abflufs des Wassers vom Lande des Nachbars leiden [r], dafs man 4) gegen Entschädigung von seinen Ländereyen zu Wiederherstellung öffentlicher Wege das Nöthige hergeben mufs [s], und 5) dafs der Eigenthümer nicht darüber klagen kann, wenn, unbeschadet der Oberfläche seines Bodens, ein Andrer darunter Metalle gräbt, sofern dieser nur an den Eigenthümer und den Fiscus $\frac{1}{5}$ abgibt [t].

§. 583.

bb) zu unterlassen; Aufserdem gibt es II) Fälle, da der Eigenthümer etwas nicht thun darf. Hieher gehören folgende Vorschriften: 1) dafs der, welcher fremde Baumaterialien zu seinem, mit dem Boden zusammengefügten Gebäuden gebraucht hat, und sich in gutem Glauben befindet, nicht durch die *rei vindicatio* auf deren Herausgabe, sondern nur durch die, noch jetzt so weit stattfindende [u], auch gegen den, der Eigenthumsklage unterworfenen Besitzer im bösen Glauben zulässige *actio de tigno iuncto*, sofern er nicht das Material freywillig herausgibt [x], auf das Doppelte belangt werden kann [y]. Nach Trennung des Materials findet die *rei vindicatio* wieder statt, und gegen den Dieb selbst dann, wenn er das Doppelte bezahlt hat [z].

debrand de fructibus in alienum praedium propendentibus. Altorf. 1727. cap. 1. §. 8.

[q] L. 9. §. 1. 2. de damn. inf. (39. 2.).

[r] L. 1. §. ult. de aqua et aquae pluv. (39. 3.). H. de Cocceii de servitute naturaliter constituta. Heidelb. 1676. (Exerc. v. 1. n. 6.). I. N. Hert de eod. arg. Giess. 1704. c. 2.

[s] L. 14. §. 1. quem. serv. am. (8. 6.) vergl. mit L. 12. de religios. (11. 7.).

[t] L. 3. L. 6. C. de metallariis. (11. 6.).

[u] Stryk U. M. L. 47. T. 3. Raeward ad L. XII. Tab. c. 23. B. I. van Harscamp de tigno iuncto. Trai. ad Rhen. 1730. (Oelrichs Thes. nov. V. II. T. 1.). A. M. ist Thomasius de non usu act. poenal. c. 3. §. 43.

[x] Huber prael. ad Inst. L. 2. T. 1. §. 39.

[y] L. 23. §. pen. de R. V. (6. 1.) L. 6. ad exhib. (10. 4.) §. 29. I. de rer. div. (2. 1.) L. 7. §. 10. L. 60. de A. R. D. (41. 1.) L. 1. de tigno iuncto (47. 3.). A. M. ist H. Brokes de b. f. poss. circa action. de tigno iuncto ad duplum non oblig. Vit. 1735.

[z] §. 29. I. de rer. divis. (2. 1.) vergl. mit L. 2. de tigno iuncto (47. 3.). Westphal Syst. d. Arten der Sachen §. 441.

Sehr ähnlich hiemit ist 2) die Vorschrift, dafs der Besitzer eines Grundstücks mit der Entschädigung zufrieden seyn mufs, wenn Jemand darauf eigenmächtig einen Todten begraben hat, und denselben nicht wegnehmen will [a]. Hieran schliefsen sich 3) die Vorschriften über Beschränkung der Baufreyheit [b], wonach a) in gewisser Rücksicht Zierrathe der Gebäude nicht weggenommen werden sollen [c], und b) der Luftzug auf der Tenne des Nachbars nicht verbauet werden darf [d]. Nach einem unglossirten Gesetz sollen ferner c) wiederhergestellte Häuser in einer gewissen Weite nicht erhöhet, noch in der Form geändert werden [e]. Endlich gehören d) zum Theil hieher die Vorschriften, dafs ein gewisser freyer Zwischenraum (*interstitium*, *intercapedo*) zwischen leeren Grundstücken und Gebäuden (*ambitus*) offen bleiben soll [f].

§. 584.

Fortsetzung. Besonders wichtig ist 4) die, häufig auf gesetzlichen Vorschriften, und andern Gründen beruhende Verpflichtung, eine Sache nicht zu veräufsern [g], welche bald absolut, bald nur relativ seyn kann, wie z. B. das Verbot der Veräufserung an die todte Hand [h], eines Ritterguts an Bürgerliche u. s. w. In Rücksicht der Wirkungen unterscheide man hier, A) wenn das Verbot auf den Gesetzen beruht, so kann zwar in der Regel nicht der Veräufsernde selbst [i], aber dessen Stellvertreter, oder der, zu dessen Vortheil das Verbot geschah, die Sache sofort, oder zu seiner Zeit vom

[a] L. 7. pr. L. 8. §. 2. de religios. (11. 7.).

[b] F. I. Riese de restricta aedificandi libertate. Giess. 1734.

[c] L. 48. de damn. inf. (39. 2.) L. 2. 6. 7. C. de aedific. priv. (8. 10.). Westphal de libert. praedior. §. 20. 21.

[d] L. ult. §. 1. C. de serv. et aqua (3. 34.).

[e] L. 12. C. de aedific. priv. (8. 10.). Weber zu Höpfner §. 361. not. 5.

[f] L. ult. fin. reg. (10. 1.) L. 9. L. 11. L. 12. §. 2. C. de aedific. privat. (8. 10.). Brissonii antiqu. L. 1. c. 2. P. Müller de interstitio praediorum. Ien. 1679.

[g] I. Sande de prohibita rerum alienat. Leov. 1657.

[h] G. C. Cramer de alienat. bonor. cumprimis equestrium ad manus mort. Alt. 1726. Hahn de eo quod iust. est circa bonor. immobil. ad man. mort. translat. Mog. 1746. Wahl de iure amortizationis. Helmst. 1745. G. I. de Buinink de lege amortizat. Dusseld. 1787.

[i] Weber natürl. Verb. §. 48. 75—77. 91.

Empfänger, und jedem dritten Besitzer zurückfodern [*k*]. Eben diefs gilt B) in dem Fall, wenn im Testament die Veräufserung einer hinterlassenen Sache untersagt ist [*l*]. Sollte Jemandem die Veräufserung seiner eignen Sache (natürlich gegen einen Vortheil) untersagt seyn, so kann man dem, dabey Interessirten im Fall der Uebertretung nur eine persönliche Klage auf Entschädigung geben [*m*]. Hat sich endlich C) Jemand durch Vertrag verpflichtet, eine Sache nicht zu veräufsern, so ist ihm diefs entweder a) bey der Uebertragung derselben zur Pflicht gemacht; alsdann findet, wenn er den Vertrag bricht, nicht blofs eine persönliche Klage gegen ihn selbst [*n*], sondern auch eine dingliche gegen jeden Besitzer statt [*o*]. War aber b) der Fall von andrer Art, so kann von dem, welcher ein Interesse nachzuweisen vermag, und sich auf den Uebertretungsfall kein Pfandrecht ausbedungen hat, blofs eine persönliche Klage auf Entschädigung gegen den Veräufserer angestellt werden [*p*].

§. 585.

cc) zu handeln, caut. de damn. inf.

Endlich gibt es III) Fälle, da der Eigenthümer in Rücksicht seines Eigenthums zu positiven Handlungen verpflichtet ist. Durch privatrechtliche Dispositionen, welche keinen Dritten binden, läfst sich eine solche Verpflichtung nicht für jeden Besitzer der Sache begründen [*q*], wohl aber durch die Gesetze. Beyspiele enthalten 1) die Vorschriften über die *cautio de damno infecto* [*r*]. Nach

[*k*] §. ult. I. quib. al. lic. vel non (2. 8.) arg. L. 88. §. 14. de legat. II. (31.) L. 3. §. 3. ad SCt. Trebell. (36. 1.).

[*l*] L. 1. 2. C. commun. de leg. (6. 43.) L. 88. §. 14. de legat. II. (31.) L. 3. §. 3. ad SCt. Trebell. (36. 1.).

[*m*] arg. L. 1. C. commun. de legat. (6. 43.) L. 75. de contr. emt. (18. 1.) L. 21. §. 4. de act. emt. (19. 1.) §. 5. I. de oblig. quae quasi ex contr. (3. 28.).

[*n*] L. 75. L. 21. §. 4. cit. L. ult. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.).

[*o*] L. ult. C. cit. L. 3. C. de condict. ob causs. (4. 6.). Hert de pacto ne dominus rem suam alienet. (op. V. 1. T. 3.) §. 14 — 18. A. M. ist Mevius Dec. P. 1. D. 300.

[*p*] L. 7. §. ult. de distract. pignor. (20. 5.) L. 75. de contr. emt. (18. 1.) L. 21. §. 4. de act. emt. (19. 1.) L. 38. §. 17. de V. O. (45. 1.). Sande l. c. p. 4. c. 2. Cons. Tub. C. 22. n. 34. Gmelin de pacto de non alienando.

[*q*] L. 15. §. 1. de servitut. (8. 1.). Meine Vers. 1. B. n. 2.

[*r*] U. Marbach de damni infecti caut. Arg. 1702. Westphal de libert. et servit. praedior. §. 201 — 309. Westenberg de causs. oblig. n. 9.

der Strenge des Rechts kann jeder seine Sache ungebessert lassen. Stürzt sie ein, und schadet einem Andern, so hat dieser bloſs das Retentions-Recht an den, auf sein Land gefallenen Materialien [s]. Allein das prätorische Edict schreibt vor, daſs der Eigenthümer eines künstlichen [t], Schaden drohenden Werks dasselbe bessern, oder wegen Ersetzung des etwanigen künftigen Schadens Caution leisten soll [u], auf deren Bestellung er durch eine *actio in factum* belangt werden kann, sofern der Kläger nicht auf andre Weise wegen des künftigen Schadens gedeckt [x], die Sache, der der Schaden droht, nicht widerrechtlich hingestellt ist [y], auch der Kläger nicht selbst dem Beklagten Cautions-Leistung weigert [z].

§. 586.

Fortsetzung. Jeder Inhaber einer Sache, welcher von dem Gebäude seines Nachbars Schaden erwartet, kann diese Caution fodern, er sey Eigenthümer, oder befinde sich, vermöge eines andern dinglichen oder persönlichen Rechts, im Besitz der Sache, welcher der Schaden droht [a]. Nur der Besitzer in gutem Glauben kann die Caution nicht fodern [b], weil überhaupt der bittweise Besitzende kein Recht darauf hat [c]. Verpflichtet dazu ist zunächst der Eigenthümer der Sache; doch kann und muſs nächstdem auch weiter jeder, welcher ein dingliches Recht daran hat, zur Cautions-Leistung aufgefodert werden [d].

§. 587.

Fortsetzung. Die Cautions-Leistung, welche nur auf eine bestimmte Zeit aufzulegen ist, aber nach Umständen wiederholt gefodert werden kann [e],

[s] L. 6. L. 7. §. 1. 2. L. 8. L. 9. pr. de damn. inf. (39. 2.). Meine Vers. 2. B. n. 8.

[t] L. 24. §. 2. fgg. L. 43. ibid.

[u] L. 7. eod.

[x] L. 13. §. 6. eod.

[y] L. 13. §. 7. eod.

[z] L. 13. §. 11. eod.

[a] L. 5. §. 2. L. 13. §. 5. L. 18. eod.

[b] L. 13. §. 9. eod. Voet L. 39. T. 2. §. 4. Ueber die Ideen Andrer s. Faber conj. L. 2. c. 17. Westphal l. c. §. 237.

[c] L. 13. §. 4. eod.

[d] Vergl. L. 4. §. 5. 6. L. 19. pr. eod. mit L. 2. §. 22. de vi bonor. raptor. (47. 8.) und Savigny das Recht des Besitzes. S. 136. 137. not. 1.

[e] L. 13. §. ult. L. 15. pr. h. t. (39. 2.).

geschieht von Seiten des Eigenthümers, des Besitzers im Guten Glauben, und desjenigen, dem eine Servitut zusteht, sofern er wegen eines, von ihm errichteten, ihm gehörigen Werks belangt wird, durch ein simples Versprechen [*f*], sonst aber durch Bürgen, welche letzte Art der Caution in zweifelhaften Fällen immer vorgeht [*g*]. Immer aber ist Verpflichtung zum vollen Schadensersatz die Folge derselben; nur muſs der Schaden durch den Mangel verursacht seyn, wegen dessen die Caution gefodert ward [*h*]. Selbst die Anbringung der Klage auf Cautions-Leistung [*i*], oder die, durch unvermeidliche Hindernisse unwirksam gemachte Absicht, die Klage anbringen zu wollen, hat jetzt schon die Verbindlichkeit, den Verletzten unbedingt zu entschädigen, zur Folge [*k*].

§. 588.

Fortsetzung. Verweigert der Beklagte die Cautions-Leistung widerrechtlich, so wird, um denselben zu zwingen, der Kläger in den Mitbesitz der Sache eingewiesen (*inmissio ex primo decreto*), und demselben, wenn dieſs fruchtlos bleibt, in der Folge, durch eine gänzliche Ausweisung des Beklagten, der alleinige Besitz zuerkannt (*inmissio ex secundo decreto*); durch welche letzte Verfügung denn der Beklagte alle Rechte an der Sache verliert, und der Kläger auch gegen den Dritten einen Titel zur Verjährung erhält [*l*]. Wer die Einweisung hindert, oder als Magistrat mit der Verurtheilung zur Cautions-Leistung widerrechtlich zögert, kann deſshalb durch eine *actio in factum* belangt werden [*m*]. Uebrigens können alle diese, an sich dem Römischen Recht gemäſsen [*n*] Grundsätze bey unserer heutigen Bau-Polizey nur selten Anwendung finden [*o*].

[*f*] L. 13. pr. §. 1. L. 30. §. 1. eod.

[*g*] L. 9. §. 4. L. 22. §. 1. eod.

[*h*] L. 15. §. 1. L. 28. L. 39. §. ult. L. 40. eod.

[*i*] L. 15. §. 28. §. 30. L. 44. pr. eod. Voet §. 14. Westphal §. 269.

[*k*] L. 9. pr. eod.

[*l*] L. 5. pr. L. 15. §. 16. 23. 33. L. 44. §. 1. h. t. (39. 2.). Dem Eigenthümer gibt, wenn er bessern will, ein Wiedereinlösungsrecht Voet §. 12.

[*m*] L. 4. §. 7. 8. 9. L. 15. §. ult. eod.

[*n*] A. M. ist Faber error. pragm. Dec. 10. Er. 6.

[*o*] Lauterbach coll. L. 39. T. 2. §. 26. 29. 30.

§. 589.

Actio aquae pluv. arc.

Aehnlicher Natur ist 2) die *actio aquae pluviae arcendae* [p]. Wenn nämlich ein, auf einem Grundstück errichtetes Werk einem anliegenden leeren Platze [q] schadet, so kann, wenn die Errichtung nicht zur Agricultur, oder zur Erhaltung des Landes nöthig war [r], und der, welcher dasselbe errichtete, kein besonderes Recht darauf erworben hat [s], die *actio aquae pluviae arcendae* gegen jeden, die Sache besitzenden Eigenthümer, auch *utiliter* gegen den Nutznieſser [t], auf Destruction oder Cautions-Leistung [u] angestellt werden, und zwar von allen, gegen welche im umgekehrten Verhältniſs das Recht zu klagen statthat [x]. Gegen den besitzenden Thäter kann man sie auf Aenderung des Werks auf eigne Kosten, gegen den Besitzer als solchen aber nur dahin richten, daſs er die Aenderung auf Kosten des Klägers geschehen lasse [y]. Schadensersatz kann dadurch nur insofern gefodert werden, als der Schaden nach der Einlassung geschah [z]; doch kann man den Thäter durch das *interdictum quod vi aut clam*, und die *actio de dolo*, sofern das Interdict verjährt ist, wegen jedes Schadens und des sonstigen Interesse in Anspruch nehmen [a]. Wird ein Grundstück, oder ein, auf demselben befindliches unschädliches Werk durch Naturzufälle dem andern gefährlich: so kann der Besitzer *utiliter* durch jene Klage wenigstens auch dahin belangt werden, daſs er dem Kläger auf dessen Kosten die Besserung erlaube [b].

§. 590.

II) Erwerbungsarten. Einleitung.

Um das Eigenthum einer Sache zu erlangen, muſs der, welcher dasselbe erwerben will [c], in der Regel durch Uebergabe oder

[p] G. Leyser de aquae pluv. arcend. act. C. Winkler de eod. arg. Spec. 1. Lips. 1780. Westphal l. c. §. 439—86.

[q] Bey Gebäuden muſs man sich der Negatorien-Klage bedienen. L. 1. §. 17. de aqua et aquae pluv. (39. 3.).

[r] L. 1. §. 3. 4. L. 2. §. pen. eod.

[s] L. 1. §. ult. L. 2. §. 3. §. ult. L. 19. L. 20. L. 23. ibid.

[t] L. 3. §. 4. L. 22. eod.

[u] L. 14. §. 3. eod.

[x] L. 22. eod.

[y] L. 4. §. 2. 3. L. 5. eod.

[z] L. 6. §. 6. §. ult. eod.

[a] L. 14. pr. §. 3. eod.

[b] L. 1. §. ult. L. 2. §. 5. 6. eod.

[c] Ueber die Erwerbungsarten des Eigenthums s. über-

einseitige Ergreifung in den Besitz derselben gekommen seyn [*d*], ein Satz, welcher nur wenige Ausnahmen leidet, in welchen Fällen man den Erwerb *transitus legalis* nennt [*e*]. Sehr oft ist diese Ergreifung der Sache, in der Absicht, sich dieselbe zueignen zu wollen, allein hinreichend; in manchen Fällen aber, wenn das Eigenthum von einer Person auf die andre übergehen soll, verlangen die Gesetze, daſs dem, die Uebertragung bewirkenden äuſsern Zeichen ein Geschäft vorhergehe, wodurch es möglich werde, daſs die Erlangung des Besitzes den Erwerb des Eigenthums bewirke [*f*]. Das Letzte nennt man jetzt *titulus*, den, die Erwerbung des Eigenthums hingegen vollendenden Thatumstand *modus acquirendi* [*g*].

§. 591.

Eintheilung. Die Erwerbungsarten, welche man, insofern sie ihrer Natur nach nur ein einzelnes Recht, oder einzelne Rechte, oder einen Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten übertragen, in besondere (*singulares*), und allgemeine (*universales*) einzutheilen pflegt [*h*], sind in Ansehung der Art, wie sie das Eigenthum übertragen, sehr verschieden, je nachdem sie nämlich ein, mit dem Veräuſsernden geschlossenes Geschäft voraussetzen, oder die Erwerbung allein durch einseitige Handlungen des Erwerbers, oder andre Thatumstände, denen die Gesetze diese Wirkung beylegen, vollendet wird. Jene kann man zweyseitige, diese einseitige Erwerbungsarten nennen.

haupt H. Giphanius ad Tit. de A. R. D. (Lectur. Altorf. p. 312. fgg.). B. H. Reinold D. ad eund. Tit. (op. p. 448. fgg.). Westphal Syst. d. Arten der Sachen §. 353 — 886.

[*d*] L. 31. §. 2. de act. emt. vend. (19. 1.) L. 8. C. eod. (4. 49.) L. 20. C. de pact. (2. 3.). F. Riganti de transferendo rer. dominio. Rom. 1781.

[*e*] z. B. L. 77. §. 3. L. 80. de leg. II. (31.) L. 63. pr. ad SCt. Treb. (36. 1.) L. 14. de publican. (39. 4.). I. M. Grass Diss. II. de reditu domin. legal. Tub. 1692. 1696. I. A. Frommann de transitu legali. Tub. 1666. I. S. Brunquell de acquisit. domin. ex lege (op. n. 13.).

[*f*] L. 24. C. de R. V. (3. 32.) §. 40. I. de rer. divis. (2. 1.).

[*g*] Ueber die versch. Ideen s. Meine Versuche. 1. B. n. 11. Glück Comm. 8. B. §. 577. 578. Schöman Handb. 2. B. S. 144 — 167. Hugo Civ. Mag. 4. B. 2. Hft. nr. VI.

[*h*] §. ult. I. per quas personas cuique acquir. (2. 9.).

§. 592.

1) Zweyseitiger Erwerb.

Um das Eigenthum durch eine zweyseitige Erwerbungsart zu erlangen, ist erfoderlich, 1) daſs der Erwerbende und Veräuſsernde in der Absicht, das Eigenthum zu erlangen und zu übertragen, in eigner Person, oder durch Stellvertreter [*i*] ein rechtsgültiges Geschäft abschlieſsen [*k*], und 2) daſs zu diesem Geschäft die Erlangung des Besitzes hinzukomme [*l*], selbst in dem Fall, wenn das Geschäft mit dem Regenten geschlossen ist. Nur der Staat und Kirchen erwerben ohne Uebergabe [*m*], so wie Proprietar und Nutznieſser durch die dem letzten obliegenden Substitutionen (§. 614.), sobald diese erfolgen [*]. Diese Erlangung des Besitzes kann denn geschehen entweder A) durch Uebergabe, in Gemäſsheit der, oben (§. 301 — 304.) aufgestellten Grundsätze [*n*], oder B) durch eine einseitige, vom Eigenthümer im voraus gestattete Ergreifung. Hieher gehört das Aufgreifen der, zu diesem Zweck unter das Volk ausgeworfenen Geschenke (*missilia*) [*o*], so wie das Percipiren der Früchte (§. 268.), insofern diejenigen das Eigenthum derselben erwerben, denen das Recht des Fruchtgenusses an der Sache eines Andern gestattet ist [*p*]. Bey dem Kauf ist das Besondere, daſs der Käufer in Rücksicht des Verkäufers [*q*] nicht eher das Eigenthum durch Uebergabe erlangt, als bis er den Kaufpreis bezahlt, oder ohne arglistige Ueberredung [*r*], welche letzte je-

[*i*] Tit. I. per quas person. cuique acqu. (2. 9.). Westphal a. a. O. §. 840—886.

[*k*] L. 20. §. 2. L. 31. L. 36. de A. R. D. (41. 1.).

[*l*] L. 20. C. de pact. (2. 3.).

[*m*] L. 23. §. 1. C. de SS. eccl. (1. 1.). I. H. Boehmer de figmento translati ipso iure dominii ex promissis principum (Exerc. T. 5. n. 82.).

[*] L. 69. L. 70. §. 5. de usufr. (7. 1.).

[*n*] L. 1. §. 21. L. 13. §. 2. de A. l. A. P. (41. 2.) L. 79. de solut. (46. 3.).

[*o*] §. 46. I. de rer. div. (2. 1.) L. 9. §. 7. de A. R. D. (41. 1.). C. L. Wesenfeld de spars. missil. (Oelrichs Thes. Diss. Belg. V. 2. T. 1.). F. H. Grafius de missilibus. Lips. 1724.

[*p*] §. 36. I. de rer. div. (2. 1.) L. 78. de R. V. (6. 1.) L. 25. §. 1. de usur. (22. 1.). Ueberh. Galvan de usufr. c. 28. C. G. Gmelin fructuum perceptio modis acquir. natural. vindicata. Tub. 1799.

[*q*] L. 8. de public. in rem act. (6. 2.).

[*r*] Voet Comm. L. 6. T. 1. §. 14. Harprecht de vend. ad credent. cum propediem decocturo, Idem de rerum decoctori, vel decoct. candidato venditar. vindicat.

doch dem Verkäufer eigentlich nur gegen den Käufer Ansprüche ertheilt [s], sich Credit vom Verkäufer ausgewirkt hat [t].

§. 593.

2) Einseitiger. A) Occupation.

Zu den einseitigen Erwerbungsarten gehört 1) die Occupation, d. h. die Besitzergreifung herrenloser Sachen (*res nullius*), oder derer, welche denselben (wie Sachen der Feinde, und Sachen des Staats, wovon Jeder etwas zu sich nehmen darf) gleichgestellt sind, in der Absicht, dieselben erwerben zu wollen [u]. Hiedurch erwirbt man also A) mittelst des Jagens und Fischens alle wilden, d. h. die Gegenwart des Menschen fliehenden Thiere, welche sich nicht bereits in dem Eigenthum eines Andern befinden [x], selbst auf dem Boden, in den umzäunten Wäldern und Seen eines Andern [y], wiewohl man sich im letzten Fall Entschädigungs- und Injurien-Klagen aussetzen kann [z]. Die Occupation ist durch Tödten, oder festes Ergreifen, nicht aber durch blofses Anschiefsen vollendet [a]. Zahme, d. h. in der Gattung an den Menschen gewöhnte Thiere darf man sich gar nicht zueignen [b], und die, von denselben und den wilden verschiedenen [c], zahmgemachten nur dann, wenn sie wieder wild geworden, und dem Auge des Eigenthümers entflohen, oder von demselben nicht mehr zu erreichen sind [d]. Zu den letzten können denn auch Tauben, Bienen und

[s] S. oben §. 149.

[t] §. 41. I. de rer. divis. (2. 1.).

[u] §. 2. I. de R. D. (2. 1.) L. 3. L. 4. §. 1. D. eod. (1. 8.). I. H. Filz de occupatione in genere. Arg. 1702. G. W. Ring de originar. domin. acquis. per occup. Frkf. 1746. Silberrad Diss. II. de occupatione rerum immobil. Arg. 1756. 1757.

[x] §. 12. I. de rer. divis. (2. 1.).

[y] L. 3. §. 14. de A. l. A. P. (41. 2.). Westphal a. a. O. §. 43. 44. I. F. Rivinus de iure venandi in alieno fundo. Lips. 1745. F. G. Fleck hermen. tit. P. de acquir. vel am. poss. Spec. II. Lips. 1796. p. 78 —84. A. M. ist Höpfner Comment. §. 300. not. 4. und zum Theil im Fall richterlicher Verbote, Lauterbach coll. L. 41. T. 1. §. 17.

[z] L. 3. §. 1. de A. R. D. (41. 1.). Voet L. 41. T. 1. n. 4.

[a] L. 5. §. 1. L. 55. eod. §. 13. I. de rer. div. (2. 1.).

[b] L. 5. §. 6. L. 44. D. eod.

[c] Marcard Exerc. acad. n. 8. A. M. ist Leyser Sp. 440. m. 1.

[d] §. 15. I. de rer. divis. (2. 1.) vergl. mit §. 12. 13. 14. eod.

Pfauen, welche an sich unter der Rubrik der wilden Thiere stehen, gehören [e]. B) Durch Finden erwirbt man alle vom Meer ausgespülten Natur-Producte, alle Meerinseln, und sonst Niemand gehörenden beweglichen und unbeweglichen Sachen [f], so wie insbesondere alle Sachen, welche Jemand in der, ihm rechtlich möglichen Absicht, dafs er sie nicht haben wolle, verlassen hat [g]. Diese Absicht ist zu erweisen [h]; doch wird sie bey dem Auswerfen auf der See bis dahin, dafs sich der Eigenthümer meldet, vermuthet [i]. Die Sachen bleiben also dem Finder [k], wenn der Eigenthümer nicht erscheint; auch gibt die Occupation dem Finder einen Verjährungs-Titel gegen den Eigenthümer [l]. Endlich gehört dahin C) die Erbeutung feindlicher Sachen in einem, vom Staat gebilligten Kriege [m], welche zunächst dem Staat, und dem Soldaten wenigstens dann, wenn ihm Plünderung gestattet ist, ein Eigenthum ertheilt [n]. In Betreff der Frage: wann ist die Occupation vollendet? mufs man so unterscheiden: was der Kriegführende erbeutet, sieht er im Augenblick der Occupation als sein Eigenthum, was ihm genommen wird, sieht er nicht eher als dem Seinigen verloren, und als Eigenthum des Feindes an, bis dieser es in feste Plätze gebracht, oder selbst befestigt hat [o]. Kommen erbeutete Menschen und unbeweg-

[e] §. 14. 15. I. h. t. (2. 1.). P. Müller de iure columbarum. Jen. 1687. Idem de iure apum. Jen. 1685. C. G. Biener de iure apum. Lips. 1773. Münter das Weiderecht. 25. St.

[f] §. 18. I. eod. L. 7. §. 3. de A. R. D. (41. 1.). Leyser Spec. 439. m. 4.

[g] L. 1. L. 2. §. 1. pro derelicto (41. 7.) L. 44. de A. R. D. (41. 1.). Maiansii Disp. I. 1. c. 16. I. A. Frommann de amissione rerum fortuita. Tub. 1673.

[h] §. 47. 48. I. de rer. divis. (2. 1.).

[i] L. 43. §. 11. de furtis (47. 2.).

[k] Manche ziehen hier die Sache ad pias caussas. Lauterbach coll. L. 41. T. 1. §. 48.

[l] Frommann l. c. §. 41. K. S. Zachariae über die durch Ueberschwemmungen fortgerissenen Sachen. Wittenb. 1799. §. 6. fgg.

[m] L. 21. §. 1. L. 24. de captivis (49. 15.).

[n] L. 20. §. 1. de captivis (49. 15.) L. 51. §. 1. de A. R. D (41. 1.) Struben 2. B. 20. Bed. Ueberh. Faber semestr. L. 2. c. 3. 4. I. I. Barthelemy oeuvres diverses. Paris L'an. 6. T. 2.

[o] So lassen sich die Zweifel in Höpfner Comment. §. 302. not. 1 leicht heben §. 17. I. de rer. div. (2. 1.) L. 5. §. 1. L. 19. §. 3. L. 30. de captivis (49. 15.).

liche Sachen wieder in das Gebiet und die Gewalt des Staats, dem sie geraubt wurden, so geschieht durch das *ius postliminii* Restitution aller verlorenen Rechte [*p*]. Die häufigen Abweichungen des Deutschen Rechts in dieser Lehre gehören nicht hieher.

§. 594.

B) Accession. Arten.

Eine einseitige Erwerbungsart ist ferner 2) die Accession [*q*], welche dann eintrit, wenn Jemand eine Sache deſswegen erhält, weil sie mit der seinigen verbunden ist. Diese Vereinigung kann geschehen entweder absichtlich, oder ohne dieſs durch Naturkräfte und Zufall, oder endlich bald jenes, bald dieses. Im ersten Fall kann man sie die künstliche (*industrialis*), im zweyten die natürliche oder zufällige (*naturalis s. casualis*), im letzten die vermischte (*mixta*) nennen [*r*].

§. 595.

Grundsätze.

Für die Lehre von der Accession überhaupt, und die künstliche insbesondere, sind zuvörderst folgende allgemeine Grundsätze zu merken: 1) Wenn die, mit der Sache des Einen vereinigte Sache des Andern von jener unbeschadet getrennt werden kann, so muſs, falls nicht die Gesetze besondere Ausnahmen machen [*s*], die *actio ad exhibendum* auf Trennung angestellt werden, und jeder vindicirt das Seinige [*t*]. Ist 2) die Trennung nicht möglich, so erwirbt der Herr der Principal-Sache die accessorische, er habe selbst die Vereinigung vorgenommen, oder sie rühre von dem Herrn der accessorischen her [*u*]. Accessorisch ist jede Sache, welche im Verhältniſs zu der, womit sie vereinigt ist, einen, der andern dienenden Theil ausmacht [*x*].

[*p*] S. die eben citirten Gesetze, und Vinnius Comm. ad Inst. L. 1. T. 12. §. 5. R. Teller de postliminio. Lips. 1758.

[*q*] I. Voet de iure accessionis. Lugd. B. 1709.

[*r*] Ich nehme die Worte hier in einem, vom gemeinen abweichenden Sinn. Eine reine industrialis, welche Viele annehmen, gibt es nicht. Man kann ohne Concurrenz der Naturkräfte eben so wenig durch Anschmieden erwerben, als durch Pflanzen.

[*s*] Tit. P. de tigno iuncto (47. 3.).

[*t*] L. 23. §. 5. de R. V. (6. 1.) L. 6. L. 7. §. 2. ad exhib. (10. 4.).

[*u*] §. 26. 29. 30. 31. I. de rer. div. (2. 1.).

[*x*] §. 26. 33. I. l. c. L. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 19. §. 13. 14. 15. de auro argento mundo (34. 2.).

Sind die vereinigten Sachen nicht in diesem Verhältnifs, also gleich: so bleibt jedem das für sich Bestehende, oder das vereinigte Ganze ist gemeinschaftlich [y]. 3) Verliert Jemand durch künstliche Accession das Eigenthum einer accessorischen Sache, so hat er doch oft Ansprüche auf Entschädigung. Man unterscheide: A) der Herr der Principal-Sache hat die Vereinigung vorgenommen. Dann kann, wenn er in bösem Glauben war, der volle Werth, sonst nur so viel, als er bereichert ist, von ihm gefodert werden [z]. Rührt dagegen B) die Vereinigung vom Herrn der accessorischen her, so kann er, wenn er im bösen Glauben war, und die Sache nicht als nothwendiger Aufwand anzusehen ist [a], nichts verlangen [b]. War er im guten Glauben, so hat er nur das Retentions-Recht, aber nach Verlust des Besitzes keine Klage [c], wiewohl die Praxis sie ihm gestattet [d].

§. 596.

a) Künstliche Accession. aa) Adiunction.

Zu den Arten der künstlichen Accession gehört 1) die Adiunction, wenn eine accessorische Sache ohne innere Umgestaltung mit einer andern vereinigt wird. Arten derselben sind A) das Anschmieden, nicht aber das Einfassen in Metall, oder das Anlöthen, und eben so wenig da, wo unverletzende Trennung möglich ist, das Ein- und Aufweben [e]. B) Das Bauen. Dabey fällt, wenn der Boden sich in irgend einem Eigenthum befindet, unter den, oben (§. 585.) erwähnten singulairen Bestimmungen, das Material dem Herrn des Bodens, sonst aber, so lange das Gebäude steht, der freye Boden dem Bauenden zu [*]. C) Das

[y] L. 27. §. ult. de A. R. D. (41. 1.) §. 27. I. de rer. divis. (2. 1.) L. 3. §. 2. de R. V. (6. 1.).

[z] L. 23. §. 4. 5. de R. V. (6. 1.) §. 26. I. de rer. div. (2. 1.).

[a] Diese Ausnahme mufs man nach §. 569. nr. B. machen.

[b] §. 30. I. de rer. div. (2. 1.).

[c] §. 26. 30. 32. I. l. c.

[d] S. oben §. 569. Huber prael. ad I. L. 2. T. 1. §. 40.

[e] §. 26. I. de rerum div. (2. 1.) L. 23. §. 5. de R. V. (6. 1.) L. 6. L. 7. §. 2. ad exhib. (10. 4.). Abweichend zum Theil sind Thomasius de pretio affect. in res fungib. non cadente c. 3. §. 47. sgg. Heineccius Inst. §. 319. In Betreff des Anlöthens nimt wegen L. 27. pr. de A. R. D. (41. 1.) eine Antinomie an Schöman Handb. 1. B. S. 26. 27.

[*] L. 5. §. 1. L. 6. pr. de R. D. (1. 8.) L. 14. 15. h. t. (41. 1.).

Schreiben, wobey der Herr der Tafel, oder des Papiers der Erwerber ist [*f*], während D) nach einer sehr inconsequenten Bestimmung bey Gemälden der Maler erwerben, jedoch der Eigenthümer der Tafel dafür eine Entschädigungsklage, auch wenn der Maler den Werth der Tafel nicht bezahlen will, sogar eine Rückfoderungsklage haben soll [*g*]. Ferner gehört dahin E) das Säen und Pflanzen von dem Augenblick, da der Samen oder der Baum Wurzel geschlagen hat [*h*]. Ist diefs erfolgt, so ist der Eigenthümer der Stelle des Bodens, wo der Halm oder Stamm aus der Erde kommt, der Erwerber [*i*]. Dasselbe mufs denn auch bey lebendigen Früchten gelten, nämlich dafs sie dem Herrn des Mutterthiers zufallen [*k*]. Endlich mufs man dahin F) noch den Fall zählen, wenn Jemand abgerissene Rasenstücke vom Lande des Andern an das seinige absichtlich zieht, oder umgekehrt, und diese hier coalesciren [*l*].

§. 597.

bb) Specification.

Aufser der Adiunction ist 2) hieher zu rechnen die Specification, worunter man die Handlung versteht, wenn Jemand absichtlich die Materie eines Andern umgestaltet, oder durch Zusammengiefsung verschiedener Materien einen neuen Körper bildet [*m*]. Ueber die Frage: ob das Ausdreschen dahin gehöre? sind die Gesetze widersprechend [*n*]; doch gehen hier die Pandekten dem Schreibfehler der Institutionen vor [*o*]. In Ansehung der Hauptfrage: wie man durch Specification erwirbt? ist zu unterscheiden: A) der Specificant bildet blofs aus der Materie eines Andern einen neuen Körper; dann erwirbt er ihn nur dann,

[*f*] §. 33. I. de rer. divis. (2. 1.) L. 9. §. 1. de A. R. D. (41. 1.).

[*g*] §. 34. I. l. c. L. 9. §. 2. h. t. (41. 2.). Galvan de usufr. c. 25. n. 13. Smalcalder de pictura principali, scriptura accessorio. Tub 1747. I. C. Rudolph de accessione picturae. Erl. 1756.

[*h*] L. 7. §. ult. L. 9. pr. L. 26. §. 2. de A. R. D. (41. 1.) §. 31. 32. I. de rer. div. (2. 1.).

[*i*] L. 19. pr. commun div. (10. 3.) L. 6. §. 2. arbor. furtim caes. (47. 7.). Höpfner Comm. §. 327.

[*k*] H. de Cocceii de iure seminis. Frkf. ad V. 1693. c. 1. §. 14.

[*l*] Arg. L. 5. §. 3. L. 23. §. 5. de R. V. (6. 1.) L. 9. §. 2. de A. R. D. (41. 1.). Vinnius Comm. L. 2. T. 1. §. 21. n. 2.

[*m*] §. 25. I. de rer. div. (2. 1.) L. 7. §. 7. L. 26. §. 3. de A. R. D. (41. 1.).

[*n*] L. 7. §. 7. cit. §. 25. I. cit.

[*o*] S. oben §. 35. und Westphal a. a. O. §. 461.

wenn er nicht in seine vorige rohe Gestalt gebracht werden kann; im umgekehrten Fall aber fällt die Form dem Herrn der Materie zu [*p*]. Sehr zu wünschen wäre es, dafs die Gesetze hier nicht über den Fall, wenn man einen gebildeten Körper in einen neuen verwandelt, geschwiegen hätten [*q*]. Wird aber B) der neue Körper theils aus der eignen Sache der Specificanten, theils aus fremder, roher, oder geformter Materie gebildet: so erwirbt ihn der Specificant unbedingt [*r*].

§. 598.

b) Natürl. Accession. Die Erwerbung durch natürliche oder zufällige Accession [*s*] geschieht 1) in Ansehung aller Erzeugnisse einer Sache, sie mögen Früchte genannt werden, oder nicht, von Seiten des wahren Eigenthümers [*t*]. Ferner 2) durch Anwachs an ein, durch einen Flufs begrenztes Grundstück, dessen Eigenthümer nicht auf ein bestimmtes Maafs gesetzt ist [*u*]. Auf diese Art erwirbt der Eigenthümer A) alles, was allmählig und unmerklich durch den Strom an sein Land angeschwemmt wird (*alluvio*) [*x*]. B) Ganze, von selbst angetriebene Stücke, sobald sie coalescirt sind, (*vis fluminis*), in welchem Fall keine weitere Trennungsklage stattfindet [*y*]; doch mufs der neue Eigenthümer, so weit er bereichert ist, den vorigen Eigenthümer entschädigen [*z*]. C) Das verlassene Flufsbett.

[*p*] S. die not. m. cit. Stellen.

[*q*] Die Unterscheidungen, welche man bey Voet Comm. L. 41. T. 1. §. 21. mit Rücksicht auf L. 61. de R. V. (6. 1.) L. 12. §. 3. ad exhib. (10 4.) L. 26. de A. R. D. (41. 1.) findet, lassen sich mit dem Umstande, dafs diese Fragmente offenbar viel blofs historisches enthalten, nicht vereinigen. Nur das unterstützt L. 61. cit. allenfalls, dafs, wenn Jemand auf dem schon gebildeten Kiel eines Andern ein Schiff bauet, dem Herrn des Kiels durch Adiunction das ganze Schiff zufällt.

[*r*] §. 25. I. cit. Walch ius contr. p. 128. A. M. ist Westphal §. 461. a. E.

[*s*] Vergl. überh. Köchy civilist. Erörterungen 1. S. n. 1.

[*t*] §. 19 36. I. de rer. div. (2. 1.) L. 7. C. de R. V. (3. 32.).

[*u*] §. 22. I. de rer. div. (2. 1.) L. 7. §. 3. L. 12. pr. L. 16. de A. R. D. (41. 1.) L. 24. §. 3. de aqua et aquae pluv. arc. (39. 3.) L. 1. §. 6. de flumin. (43. 12.). Cuiac Obs. L. 2. c. 9. Ueberh. A. Fritsch ius fluviaticum Rom. Germ. Ien. 1672.

[*x*] §. 20. I. de rer. div. (2. 1.) L. 7. §. 1. de A. R. D. (41. 1).

[*y*] A. M. ist K. S. Zachariae über die durch Ueberschwemmung ab- und fortgerissenen Sachen. Witt. 1799. §. 3.

[*z*] L. 23. §. 4. 5. de R. V. (6. 1.). A. M. ist Köchy a. a. O. S. 13—21.

Diefs wird, wenn es nicht lediglich aus dem, durch den Flufs überströmten, und in ein Flufsbett verwandelten Lande eines Andern besteht [a], unter die Anlieger nach der Breite ihres Landes vertheilt [b]. D) Auf dem Boden des Flusses ruhende [c] Flufsinseln [d]. Von diesen erhält jeder Anlieger so viel, als er beym Abtreten des ganzen Flusses würde erhalten haben [e]. Ist eine Insel vertheilt, so gehört dem Eigenthümer derselben alles, was an dieselbe angeschwemmt wird [f]; entsteht aber zwischen ihr und dem jenseitigen Ufer eine zu vertheilende Insel, oder verläfst der Flufs sein Bett, so wird das Rectangulum von der, dem jenseitigen Ufer nächsten äufsersten Grenze der Insel angefangen [g]. Das gemeine Deutsche Recht hat hierin nichts geändert [h].

§. 599.

c) Vermischte.

Zu der *vermischten* Accession gehört das Zusammengiefsen flüssiger (*confusio*), und das Zusammenmischen (*commixtio*) trockner Sachen. Man unterscheide in Rücksicht beider: 1) die Mischung geschah mit Einwilligung beider Theile, oder zufällig: dann ist das Ganze gemeinschaftlich [i]. 2) Einer der Eigenthümer nahm sie einseitig vor. Sind dann A) die gemischten Sachen von derselben Art, so trit, wenn die Trennung nicht möglich ist, wieder Gemeinschaft ein [k]. Sind aber B) die gemischten Sachen verschiedener Art, so gehört, a) wenn ein Zusammengiefsen geschah, der Fall unter die, schon (§. 597.) erwähnten Grundsätze von der Specification. Wurden aber b) trockne, ungleichartige Sachen vermischt, welche sich nicht trennen lassen [l]: so mufs nach der Analogie das Ganze gleichfalls dem Mischenden bleiben [m], und der Andre

[a] §. 23. I. eod. vergl. mit L. 7. §. 5. in f. eod. Köchy S. 61 fgg. A. Schnaubert de alvei derelicti mutatione. Jen. 1812.

[b] L. 7. §. 3. L. 29. L. 30. §. 2. eod.

[c] L. 65. §. 2. eod.

[d] L. 65. §. 2 cit. Dem steht auch der theoretische Zweifel in §. 4. ibid. nicht im Wege. Westphal a. a. O. §. 413. Ueber die Erklärungen Andrer s. Köchy S. 25—50.

[e] L. 7. §. 3. L. 29. L. 30. §. 2. eod.

[f] L. 56. pr. eod.

[g] L. 56. §. 1. L. 65. §. 3. eod.

[h] Vergl. Köchy S. 71. fgg.

[i] §. 27. I. de rer. div. (2. 1.).

[k] §. 27. I. cit. L. 3. §. 2. de R. V. (6. 1.).

[l] §. 27. I. cit.

[m] Arg. §. 25. in f. I. eod. L. 78. de solut. (46. 3.).

hat nur nach allgemeinen Grundsätzen (§. 595. n. 3.) Ansprüche auf Entschädigung [n].

§. 600.

C) Gemischte aus Occupation und Accession.

Eine, 3) aus Occupation und zufälliger Accession gemischte Erwerbungsart ist das Auffinden eines Schatzes [o], d. h. einer, seit undenklichen Zeiten versteckt gewesenen beweglichen Sache, deren vorigen Eigenthümer man nicht mehr kennt [p]. Wird nun A) der Schatz von dem Finder auf seinem eignen, oder einem, im Eigenthum keines Menschen befindlichen Grunde gefunden, so gehört er ihm ganz [q]; fällt jedoch dem Fiscus dann zu, wenn der Finder sich bey dem Aufsuchen Zauberkünste bediente [r]. Ward er aber B) auf fremdem Boden, und zwar a) zufällig gefunden, so gehört er halb dem Finder, und halb dem Eigenthümer des Bodens, also auch halb dem Fiscus oder Staat, wenn er auf fiscalischem oder öffentlichem Grunde entdeckt ward [s]. Geschah hingegen b) das Auffinden durch absichtliches Nachsuchen, mit oder ohne Zauberkünste [t], so fällt der ganze Schatz dem Eigenthümer des Bodens zu [u]. Verheimlicht Jemand einen, auf fiscalischem Grunde gefundenen Schatz, so muſs er ihn dem Fiscus doppelt abliefern [x].

§. 601.

D) Noch andre Arten.

Auſser der Occupation und Accession wird 4) das Eigenthum noch durch manche andre

[n] Eine abweichende Theorie wegen L. 12. §. 3. ad exhib. (10. 4.) hat Donellus comm. L. 4. c. 22. Wieder eine andre wegen L. 78. cit. Höpfner Comment. §. 324.

[o] de Man de thesauro. (Oelrichs Th. D. B. V. 1. T. 2.). C. A. Beck de fatis doctrin. de thesauro. Ien. 1729. Köchy civilist. Erört. 1. S. n. 7.

[p] L. 67. de R. V. (6. 1.) L. 31. §. 1. de A. R. D. (41. 1.). Lauterbach coll. L. 41. T. 1. §. 31. 32.

[q] §. 39. I. de rer. div. (2. 1.). Lauterbach l. c. §. 42.

[r] L. un. C. de thesaur. (10. 15.).

[s] §. 39. I. cit. Was in L. 3. §. 10. de iure fisci (49. 14.) steht, ist offenbar nur historisch. Köchy S. 227. fgg.

[t] Lauterbach Coll. theor. pr. L. 41. T. 1. §. 39. Köchy S. 201. not. 6. Direct das Gegentheil behauptet Hofacker T. 2. §. 934. und halb Walch ius contr. p. 151.

[u] L. un. C. de thesaur. (10. 15.). Bynkershoek Obs. L. 2. c. 4.

[x] L. 3. §. ult. de iure fisci (49. 14.).

einseitige Erwerbungsarten erlangt, welche (mit Uebergehung der, unten schicklicher zu erörternden Lehre von Verjährung, Erbschaften, Legaten, Fideicommissen und Schenkungen auf den Todesfall) hier nur in der Kürze zu erwähnen sind. Es gehört dahin A) die Erwerbung des vollen, oder interimistischen Eigenthums durch Consumtion, oder Separation der Früchte von Seiten des Besitzers im guten Glauben [y], so wie B) in den *iudiciis divisoriis* durch die bloſse richterliche Zuerkennung [z]. C) Wenn dem Fiscus zur Strafe Güter verfallen [a]. Ferner D) wenn Jemand Landstücke, welche ein Andrer zwar nicht derelinquirt, deren Bebauung er aber unterlassen hat (*ager desertus*), zwey Jahre hindurch cultivirt [b]. Endlich E) verliert ein Miteigenthümer zum Vortheil des andern, welcher Auslagen auf ein gemeinschaftliches Haus gewandt hat, sein Miteigenthum, wenn er demselben nicht binnen vier Monaten seine Auslagen mit 12 Procent erstattet [c].

§. 602.

III) Verlust des Eigenthums.

Das Eigenthum wird verloren 1) in allen Fällen, da dasselbe nach dem Bisherigen auf einen Andern übergeht, oder an denselben zurückfällt [d]. Ohne Uebergang auf einen Andern aber noch 2) durch absichtliches, gültiges Aufgeben des Eigenthums [e]. 3) Durch Untergang des Objects; wohin auch der Fall gehört, wenn ein Strom durch fortgesetztes Ueberströmen ein Landstück in ein Fluſsbett verwandelt [f], wiewohl, wenn dieſs das ganze Landstück einer Person betrifft, nach dem Abtreten des Flusses der vorige Eigenthümer das Seinige wieder erhält [g]. Endlich 4) dadurch, daſs zahmgemachte

[y] S. oben §. 568. a. E.

[z] §. 7. I. de offic. iudic. (4. 17.) L. 17. de usurp. (41. 3.).

[a] L. 14. D. de publican. (39. 4.).

[b] L. 8. C. de omni agro deserto (11. 58.). S. Stryk de agris desertis. Frkf. ad V. 1679. Markart interpr. L. 2. c. 17. Struben 2. B. 73. Bed. Die Nichtanwendbarkeit dieses Gesetzes sucht zu beweisen F. Ballhorn Obs. ad L. 8. C. cit. Goett. 1803.

[c] L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.).

[d] L. 40. §. 2. in fin. de procurat. (3. 3.).

[e] Tit. P. pro derelicto (41. 7.) und oben §. 593.

[f] L. 7. §. 6. L. 30. §. 3. L. 38. de A. R. D. (41. 1.). Wiesand pr. de inundatione speciem fundi non mutante. Viteb. 1784.

[g] S. oben §. 598.

Thiere die Gewohnheit des Wiederkehrens ablegen, und der Gewalt des bisherigen Eigenthümers entgehen, welches Letzte denn eben so zu nehmen ist, wie bey wilden Thieren, deren Eigenthum verloren ist, wenn sie dem Auge des bisherigen Besitzers entgehen, oder nicht mehr von demselben verfolgt werden können [*h*].

Zweytes Capitel.

Ueber Dienstbarkeiten.

§. 603.

I) Allgemeine Begriffe.

Die dinglichen Rechte an der Sache eines Andern können sehr mannigfaltig seyn, je nachdem sie nämlich bloſse Nutzungsrechte, oder bloſse Proprietäts-Rechte, oder beides zugleich ertheilen, oder nur dahin gehen, daſs der Eigenthümer etwas unterlasse. Unter die erste und letzte Rubrik gehören im Ganzen die Dienstbarkeiten, d. h. die dinglichen Rechte, welche dem Eigenthümer die Pflicht auflegen, zum Vortheil eines Andern etwas zu unterlassen, oder demselben irgend eine Benutzung, auch, sofern es die letzte erfodert, eine Disposition über die Substanz seiner Sache [*i*] zu gestatten [*k*]. Die Sache, deren Eigenthümer durch die Dienstbarkeit beschränkt wird, heiſst die dienende (*serviens*).

§. 604.

Regeln von allen.

Folgende allgemeine Grundsätze gelten in Ansehung aller Dienstbarkeiten: A) Da jede

[*h*] L. 4 L. 5. pr. §. 4. 5. de A. R. D. (41. 1.) §. 12—15. I. de rer. divis. (2. 1.).

[*i*] Vergl. z. B. L. 13. §. 5. de usufr. (7. 1.).

[*k*] Ueber die ganze Lehre s. Merillius ad Tit. P. de servitut. (Otto Thes. T. 3.). I. a Costa Comm. s. prael. ad eund. Tit. (Meermann Th. T. 1.). I. D'Avezan liber servitutum (Meermann Thes. T. 4.). R. Del Manzano de servitutt. (ibid. T. 7.). B. Caepollae Tr. de servitut. H. F. Dandini interpr. de servitut. praed. Veron. 1741. Westphal de libert. et servitut. praed. Lips. 1773. E. Otto de difficultatibus vulgo perperam damnatis in materia de servit. (Oelrichs Th. nov. V. 3. T. 2.). E. C. Münter v. d. Servituten. 1. Thl. Hannov. 1806.

Dienstbarkeit, ihrem Begriffe zufolge, ein Recht an einer fremden körperlichen Sache ist; so kann man sie weder auf seine eigne Sache, noch auch auf eine andre Dienstbarkeit erwerben [*l*]. Bey gemeinschaftlichen Sachen sind Servituten an dem, was einem Miteigenthümer allein gehört, und in der Fortdauer, nicht aber in der Errichtung zugelassen [*]. Eben so wenig kann B) eine Dienstbarkeit, da sie sich gegen jeden Herrn der dienenden Sache äufsert, so constituirt werden, dafs der letzte als solcher etwas positives thue, sondern nur, dafs er etwas leide (*servitus affirmativa*), oder unterlasse (*s. negativa*), wiewohl der, welcher die Dienstbarkeit errichtet, für seine Person sich zu positiven Handlungen verpflichten kann [*m*]. Die häufige Behauptung, dafs das Deutsche Recht hievon abweiche [*n*], ist im Allgemeinen unerweislich. Daraus folgt denn, C) dafs die Ausbesserung des, etwa zur Ausübung der Dienstbarkeit (die man dann *qualificata* nennt) nöthigen Werks in der Regel [*o*] nicht vom Herrn der dienenden Sache verlangt werden kann [*p*]. D) Für die Freyheit von Lasten, und also wider die Dienstbarkeiten, streitet die Vermuthung bis dahin, dafs entweder Besitz oder andre Thatumstände eine besondere entgegenstehende Vermuthung, oder die Ueberzeugung vom Gegentheil begründen [*q*]. Eben darum ist denn auch E) jede Dienstbarkeits-Ertheilung streng auszulegen, die Dienstbarkeit mufs genau in den bestimmten Grenzen, also auch nur von Zeit zu Zeit, wenn sie so

[*l*] L. 33. §. 1. de S. P. R. (8. 3.) L. 1. de usu, usufr. et redit. (33. 2.).

[*] L. 10. usufr. quem. cav. (7. 9.) L. 8. §. 1. de serv. (8. 1.) L. 27. pr. L. 30. §. 1. de S. P. U. (8. 2.) L. 27. de S. P. R. (8. 3.).

[*m*] L. 15. §. 1. de servit. (8. 1.). Meine Versuche 1. B. n. 2. auch S. 171 — 175. A. M. sind G. Titius de servitute faciendi. Lips. 1710. E. Gerhardi de servitutt. in faciendo consistentibus. Ien. 1710. Buchholz Versuche. Lübeck. 1808. 3. Abh.

[*n*] Emminghaus ad Cocceii L. 8. T. 1. qu. 11. Danz Handb. d. D. Priv. R. §. 275.

[*o*] Eine Ausnahme s. unten bey der serv. oneris ferendi.

[*p*] L. 4. §. 5. L. 6. §. 2. L. 8. §. 2. si serv. vind. (8. 5.) L. 8. L. 33. de S. P. U. (8. 2.). Cuiac in Paulo ad L. 7. si serv. vind. I. T. Richter de dominio serviente ad praed. serv. refect. obligato. Lips. 1753. Heisler Erört. d. Fr.: wer bey den Serv. zu repariren schuldig? (in dessen Abh. 1. Th. und Schott Wochenbl. 1773. n. 22.).

[*q*] L. 13. §. 1. commun. praed. (8. 4.) L. 9. C. de servit. (3. 34.).

(*servitus discontinua*), und nicht für jede Zeit (*s. continua*) eingeräumt ist, so wie genau zu dem bestimmten Zweck ausgeübt werden [*r*]; auch mufs der Erwerber, welcher unbestimmt eine, auf einem bestimmten Platz auszuübende Dienstbarkeit erhalten hat, es sich gefallen lassen, dafs in der Regel [*s*] das Urtheil Kunstverständiger diesen Platz bestimme [*t*]. Der Herr der dienenden Sache darf aber dagegen F) die Ausübung der Dienstbarkeit nicht hindern [*u*], er mufs alles gestatten, was die Ausübung möglich macht [*x*], und sich in Ansehung seiner, ihm im Ganzen nicht abzusprechenden Concurrenz bey Benutzung der Sache dahin beschränken, dafs er dem Andern, wenn dieser auf etwas Bestimmtes ein Recht erhalten hat, gar keinen Eintrag thue; wenn aber die Dienstbarkeit unbestimmt ertheilt war, dafs er wenigstens durch Theilung der Nutzungen mit demselben eine Auskunft treffe [*y*]. G) Zur Gültigkeit jeder Dienstbarkeit gehört, dafs der Erwerbende dabey irgend ein, auf Nutzen oder Annehmlichkeit berechnetes Interesse habe; doch ist diefs alles bey einer, vom Eigenthümer blofs reservirten Dienstbarkeit nicht nöthig [*z*]. H) Ist eine Dienstbarkeit von der Art, dafs Theilung ihr Wesen vernichtet, so wird sie eine untheilbare (*individua*), sonst aber eine theilbare (*dividua*) genannt [*a*]. Die

[*r*] L. 24. L. 33. §. 1. de S. P. R. (8. 3.) L. 2. de rivis (43. 21.) L. 12. C. de servit. (3. 34.). Meine Vers. 1. B. S. 11. fgg. Crell de servit. ad cert. mod. adstrict. Vit. 1751.

[*s*] Eine Ausnahme gilt bey Legaten. L. 26. de S. P. R. (8. 3.), welches auch §. 22. I. de legat. (2. 20.) nicht ändert. Abweichend sind hier Voet L. 8. T. 3. §. 8. Glück Comm. 10. B. §. 677.

[*t*] L. 9. de servit. (8. 1.) L. 21. 22. de S. P. R. (8. 3.).

[*u*] L. 14. ibid. Wernher P. 3. Obs. 204. P. 8. Obs. 499. I. G. Toepfer servitus rustica agrorum incultorum culturam prohibens. Lips. 1742.

[*x*] L. 10. de serv. (8. 1.) L. 20. §. 1. de S. P. U. (8. 2.) L. 3. §. 3. de S. P. R. (8. 3.) L. 11. pr. §. 1. commun. praed. (8. 4.). Braun de adminiculis servit. Erl. 1750.

[*y*] H. Bodinus de iure domini in praedio serviente. Hal. 1705. Ueber die abweichenden Theorien Andrer s. Hofacker T. 2. §. 1105. Malblank princ. §. 435.

[*z*] L. 15. de servit. (8. 1.) vergl. mit L. 19. eod. L. 6. commun. praed. (8. 49).

[*a*] L. 8. §. 1. L. 11. de servit. (8. 1.) L. 6. §. 1. commun. praed. (8. 4.) L. 1. §. 9. L. 7. ad Leg. Falc. (35. 2.) L. 45. de A. R. D. (41. 1.). Cuiac quaest. Pap. ad L. 5. de usufr. Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 28. Pufendorf T. 3. Obs. 188. §. 34.

Folgen sind, daſs jene ganz gegeben werden müssen [b], im Fall mehrere Theilhaber da sind, von jedem ganz ausgeübt werden [c], auch nicht theilweise verloren gehen können [d].

§. 605.

Eintheilungen. Die Servituten sind theils persönliche (*personales*), theils dingliche (*reales s. praediales*), je nachdem sie nämlich Jemandem für seine Person, oder als Besitzer einer Sache ertheilt werden [e]. Die Sache, deren Besitzer im letzten Fall die Dienstbarkeit ausüben kann, heiſst dann das herrschende Gut (*praedium dominans*). Die Real-Servituten sind wieder zwiefach, *urbanae*, oder *rusticae*, insofern nämlich das herrschende Gut ein *praedium urbanum*, d. h. ein Gebäude, oder ein *praedium rusticum*, d. h. ein leerer Platz ist [f]. Die dinglichen werden schlechthin und vorzugsweise durch den Namen *servitutes* bezeichnet [g].

§. 606.

Regeln über die Arten. In Betreff dieser verschiedenen Arten der Dienstbarkeiten sind nachfolgende allgemeine Bemerkungen wichtig: A) Die Real-Servituten gehen auf jeden Besitzer des herrschenden Guts über, sind also an sich immerwährend [h], dürfen aber einseitig keinem Andern überlassen werden [i]. Die persön-

[b] L. 11. L. 17. de serv. (8. 1.) L. 11. L. 34. de S. P. R. (8. 3.) L. ult. commun. praed. (8. 4.) L. 25. §. 9. famil. hercisc. (10. 2.).

[c] L. 25. de S. P. R. (8. 3.).

[d] L. 18. eod. L. 8. §. 1. quem. serv. amitt. (8. 6.).

[e] Zachariä Entw. d. Lehre d. R. R. v. d. dingl. Servit. (Hugo Civ. M. 2. B. 3. Hft.).

[f] §. 1. I. de serv. (2. 3.) L. 1. L. 3. de servit. (8. 1.) L. 1. commun. praed. (8. 4.). Dem ist auch L. 4. in quib. causs. pign. (20. 2.) L. 180. L. 198. de V. S. (50. 16.) L. 2. de S. P. R. (8. 3.) nicht entgegen. I. C. Koch de praed. urb. et rust. Jen. 1757. Manche wollen überhaupt auf das praedium serviens sehen. Beides verbindet Glück Comm. 10. B. §. 622. Im Ganzen ist die Eintheilung jetzt nutzlos, I. S. Beckenstein de inutil. distinct. inter serv. urban. et rust. Regim. 1725, ausgenommen L. 6. de S. P. U. (8. 2.). Meine Schr. über Bes. u. Verj. 2. Thl. §. 57.

[g] Rubr. Tit. P. et C. de servit. Voet L. 8. T. 1. §. 1. L. 8. T. 4. §. 13.

[h] L. 4. §. 1. de servit. (8. 1.).

[i] L. 33. §. 1. de S. P. R. (8. 3.) L. 44. locati (19. 2.). Krauss de locat. servit. realis praecip. iuris pascendi. Lips. 1760.

lichen erlöschen im Zweifel mit dem Erwerber. B) Die, im Römischen Recht als persönliche aufgeführten Dienstbarkeiten [*k*] können nicht als dingliche constituirt werden [*l*], und werden jetzt insofern *regulares* oder *ordinariae* genannt; wohl aber kann man die, darin unter der Rubrik der dinglichen genannten blofs als persönliche ertheilen [*m*]. Geschieht diefs, so nennt man sie *irregulares*, *extraordinarias*. Eben so können die, zu den *rusticis* gezählten, wo es physisch möglich ist, als *urbanae*, und die dort *urbanae* genannten, als *rusticae* errichtet werden [*n*]. C) Jede dingliche Servitut kann bestehen, sie mag Nutzen, oder blofse Annehmlichkeiten gewähren (*praedium voluptarium*) [*o*], das herrschende Gut selbst bessern, oder nur zum Vortheil der, auf demselben befindlichen Sachen, oder Personen gereichen [*p*]; nur mufs sie, wenn sie nicht blofs reservirt wird (§. 604. a. E.), von der Art seyn, dafs sie wahrscheinlich jedem Besitzer des herrschenden Gutes von Werth ist [*q*], mithin mufs das dienende Gut auch in einer pafslichen Nähe bey dem herrschenden liegen [*r*], und die Servitut nicht über den Bedarf des letzten gehen [*s*]. D) Der, ehemals unbedingte Satz, dafs das dienende Gut den versprochenen Nutzen gewifs und immerwährend darbieten müsse (*servitutum caussa perpetua*), ist noch insofern gültig, als eine Real-Servitut nicht in positiven Handlungen des Herrn

[*k*] Inst. L. 2. Tit. 4. 5.

[*l*] L. 1. de servit. (8. 1.) §. 1. I. de usufr. (2. 4.).

[*m*] L. 5. 6. de S. P. R. (8. 3.) L. 1. §. 12. de aqua quot. (43. 20.) L. 14. §. ult. de alim. legat. (34. 1.); nur lese man hier statt: inutiliter relinquitur: non inutiliter, oder utiliter. Vinnius ad Rubr. I. de usufr. A. M. ist Cuiac Obs. L. 24. c. 22.

[*n*] L. 12. 14. commun. praed. (8. 4.) L. 2. de S. P. R. (8. 3.) vergl. mit Faber coni. L. 19. c. 19. Noodt Comm. L. 8. T. 3. a. E. Koch de praedio urban. et rust. §. 7.

[*o*] L. 3. L. 15. 16. de S. P. U. (8. 2.). Meine Vers. 1. B. n. 1. Galvan de usufr. c. 32. A. M. sind Noodt probabil. L. 1. c. 2. 3. C. F. Kraus de sensu L. 8. pr. de servit. Viteb. 1750. — Ueber den eingeklammerten Ausdruck: L. 13. §. 4. h. t. (7. 1.). Noodt de usufr. c. 5. C. L. Crell de usufructu praedii voluptarii. Viteb. 1739.

[*p*] L. 1. §. 11. L. 3. pr. de aqua quotid. (43. 20.).

[*q*] L. 8. pr. de servit. (8. 1.).

[*r*] L. 38. de S. P. U. (8. 2.) L. 5. §. 1. L. 7. §. ult. L. ult. de S. P. R. (8. 3.). Moeckert de vicinia et conspectu praedior. Rint. 1776.

[*s*] L. 5. in f. L. 6. de S. P. R. (8. 3.). Gmelin u. Elsässer Beob. 3. B. n. 13.

des dienenden Gutes bestehen darf [t]; im Uebrigen aber ist er aufgehoben [u].

§. 607.

II) Arten. 1) Reales. A) Urbanae.

Die einzelnen Servituten lassen sich durchaus nicht erschöpfend angeben. Was das Römische Recht darüber enthält, besteht eigentlich nur aus sprachrichtigen Folgerungen, und kann bey uns, wenn mit Deutschen Worten eine Dienstbarkeit errichtet wird, nur insofern Anwendung finden, als sich beweisen läſst, daſs das Deutsche Wort mit dem Römischen völlig gleichbedeutend ist. Die merkwürdigsten *servitutes urbanae* sind A) die *servitus oneris ferendi*, wenn man etwas auf dem Gemäuer eines Andern ruhen läſst. Das Sonderbare ist hier, daſs jeder Herr des dienenden Gutes, wenn es bey der Errichtung der Dienstbarkeit bedungen war, das Gemäuer bessern, aber nicht das Aufruhende während der Besserung unterstützen muſs [x]. B) Die *servitus tigni immittendi*, wenn man etwas in das Gemäuer des Andern einschiebt, wobey aber jener singulaire Satz nicht stattfindet [y]. C) Die *S. proiiciendi* und *protegendi*, wenn man Aushänge und Dächer in die Luftsäule des Nachbars ragen läſst [z]. D) Die *S. stillicidii vel fluminis recipiendi, s. avertendi*, wenn man tröpfelndes, oder gieſsendes Regenwasser auf das Land des Andern leiten, *non recipiendi, s. non avertendi*, wenn man es nicht auf das Seinige leiten darf, oder da, wo man wegen besondrer Statute das Regenwasser eines Andern aufnehmen müſste, das Gegentheil bedingt [a]. Bey der ersten Dienstbarkeit darf der Herr der herrschenden Sache den Tropfenfall wohl höher, aber nicht niedriger machen [b]; der Herr

[t] S. oben §. 604.

[u] L. 2. commun. praed. (8. 4.). Heineccius de servitut. caussa perpet. Hal. 1738.

[x] L. 33. de S. P. U. (8. 2.) L. 6. §. 2. L. 8. pr. si servit. vind. (8. 5.). Ueber die Ideen Andrer s. oben §. 604. not. p. Struben 4. B. 158. Bed.

[y] L. 8. §. 2. eod. Westphal de libert. praed. §. 574. 575.

[z] L. 2. de S. P. U. (8. 3.) L. 242. §. 2. de V. S. (50. 16.).

[a] L. 17. §. 3. L. 20. §. 1. fgg. de S. P. U. (8. 2.). Theophili paraphr. ad §. 1. de servit. Thomasius de servitute stillicidii. Lips. 1689.

[b] L. 20. §. 5. h. t. (8. 2.). C. L. Crell stillicidium altius tolli posse cum damno servientis. Viteb. 1734. A. M. ist Thomasius de servitute stillicidii, §. 76 — 93.

der dienenden Sache hingegen darf unter dem Tropfenfall nur insofern Werke anlegen, als sie den Fall des Wassers nicht hindern [c]. E) *S. fenestrarum*, wenn man sich das Recht bedingt, in einer fremden Wand Fenster zu halten; doch kann diese auch *S. luminum* heifsen [d]. F) *S. luminum* und *ne luminibus officiatur*. Jene kann man in dem eben angegebenen Sinn verstehen; es ist aber auch so leicht möglich, dafs die Römer darunter den Fall verstanden, wenn dem Nachbar zur Pflicht gemacht wird, ein schattendes Werk nicht wegzunehmen, und so das Licht aufzufangen. Die zweyte hingegen findet statt, wenn man sich bedingt, dafs der Nachbar durch Vorbauen das Licht nicht nehme [e]. Will man G) aufser dem Himmel noch die gerade Aussicht auf das Land des Andern frey haben, so mufs man sich die *servitus prospectus*, oder, welches einerley ist, *ne prospectui officiatur* geben lassen [f]. Verspricht man dagegen H) aus seinem Fenster nicht auszusehen, so ist diefs *S. non prospiciendi* [g]. I) Die *S. altius non tollendi*, wenn man verspricht, nicht so hoch zu bauen, als man nach den Gesetzen darf, *altius tollendi*, wenn der Nachbar verspricht, es leiden zu wollen, dafs der andre höher baue, als es die, blofs zum Vortheil der Nachbarn gegebenen Gesetze erlauben [h]. K) Die *S. fumi*, oder das Recht, da, wo es überhaupt nicht erlaubt ist, oder über die Maafse, Rauch einzulassen [i]. L) Die *S. cloacae*, wenn der Nachbar den Einflufs des Spülwassers leiden mufs [k], wodurch er aber nicht ver-

[c] L. 20. §. 3. vergl. mit dem bestimmten §. 6. eod. Thomasius l. c. §. 61. fgg.

[d] L. 8. C. de serv. (3. 34.) vergl. mit L. 40. de S. P. U. (8. 2.).

[e] L. 4. eod. vergl. mit L. 17. §. 1. ibid. Feuerbach civil. Versuche, 1. B. n. 1. A. M. ist Dabelow über die servitus luminum der Römer Halle 1804. Glück Comm. 10. B. §. 670.

[f] L. 3. L. 12. L. 15. de S. P. U. (8. 2.). Donell. Comm. L. 11. c. 5. Noodt Comm. L. 8. T. 2. Westphal §. 603. Abweichend ist Pufendorf animadv. n. 33.

[g] Voet L. 8. T. 2. §. 12.

[h] §. 2. I. de act. (4. 6.) L. 26. de except. rei iudic. (44. 2.). Ueber die Ideen Andrer s. Carpzov P. 2. c. 41. Def. 10. Selchow de serv. alt. toll. Rom. eiusque ad Germ. habitu (Elect. T. 1.). Westphal §. 109 — 114. Senkenberg med. n. 1. Glück Comm. 10. B. §. 669.

[i] S. oben §. 560. und L. 8. §. 5. si serv. vind. (8. 5.).

[k] L. 1. pr. §. 4. de cloacis (43. 23.).

pflichtet wird, solche Unreinigkeiten aufzunehmen, welche sich nicht gut nennen lassen [*l*]. M) Die *S. latrinae;* diese kann stattfinden, wenn man sich da, und auf die Art, wo und wie es nach gemeinem Recht und Statuten unerlaubt ist, das Recht, ein heimliches Gemach anzulegen, geben läfst [*m*].

§. 608.

B) rusticae. Von den *servitutibus rusticis* verdienen hier nur angeführt zu werden A) die *servitus viae*, *actus* und *itineris* [*n*]. Der Unterschied zwischen diesen dreyen besteht darin: Die *servitus itineris* gibt das Recht zu gehen, auch im Zweifel, wenn der Ort es erlaubt, das Recht zu reiten [*o*]. Zum Wesen des *actus* gehört das Recht, Vieh zu treiben [*p*], auch im Zweifel, (und dann heifst er *actus plenus*), sofern es der Ort erlaubt, das Recht zu fahren [*q*]. Die *via* hingegen gibt nothwendig das Recht zu fahren, und damit ist denn unzertrennlich alles verbunden, was auch in *iter* und *actus* enthalten ist, so wie im Zweifel das Recht, Balken und Steine zu schleifen [*]. Die Breite der *via*, über welche natürlich auch ein hinreichender freyer Raum seyn mufs [*r*], soll, wenn nichts bedungen ist, in gerader Linie 8, in der Biegung 16 Fufs seyn; die des *actus* hingegen mufs, im Fall eines unbestimmten Versprechens, nach der Lage des Orts, und der Natur des Viehes, welches übergetrieben werden soll, bestimmt werden [*s*]. B) Die *servitus pascendi* [*t*].

[*l*] Hellfeld iur. for. §. 673.

[*m*] S. oben §. 560. a. E.

[*n*] Ueber die verschiedenen Theorien Andrer s. Cuiac Obs. L. 22. c. 35. Faber coni. L. 1. c. 30. Bynkershoek Obs. L. 4. c. 7. Ritter de actus, itineris et viae differentia. (Hinter Reitz ed. Theophili). Schott opusc. n. 7. Walch de actu minus pleno. Ien. 1762. Westphal l. c. §. 614.

[*o*] L. 13. de serv. (8. 1.) L. 12. de S. P. R. (8. 3.).

[*p*] L. 13. cit.

[*q*] L. 1. pr. L. 7. pr. de S. P. R. (8. 3.).

[*] L. 1. pr. L. 7. pr. cit. L. 13. §. 1. de acceptilat. (46. 4.). Glück Comm. 10. B. §. 676.

[*r*] Hellfeld iur. for. §. 676. Ueber die hieher gehörige L. 7. pr. h. t. (8. 3.) s. I. N. Hert de servitute tacite constituta. Giess. 1699. Sect. 3. §. 4.

[*s*] L. 8. L. 13. §. 2. L. 23. pr. eod.

[*t*] A. F. de Otero Tr. de pascuis et iure pasc. Lugd. 1700. I. C. Schütz de eod. arg. Frkf. 1732. G. Barth de eod. arg. Lips. 1693. (Diss. n. 7.). S. M. Kaempe de servit. pascendi ad agror. praesert. desertor. cultur. utiliter redigenda. Vit. 1791. E. C. Münter das Weiderecht. Hannov. 1804.

Diese ertheilt das Recht, auf das Land des Andern Vieh zu treiben [u]; jedoch nur auf die Wiesen, und die Ländereyen, von welchen die Früchte geerntet sind [x]. Ist die Zahl der Thiere bestimmt, so bleibt es dabey, und dann dürfen über diese Zahl selbst die Lämmer, wenigstens nach der Absetzezeit, nicht mit geweidet werden [y], so wie keine, mit ansteckenden Krankheiten behafteten Thiere [z]. Ist die Zahl unbestimmt, so mufs das Bedürfnifs des herrschenden Gutes entscheiden [a]. Das Recht der Mithut (*ius compascendi*) des Eigenthümers wird dadurch nur insofern ausgeschlossen, als der, dem die Servitut zusteht, auf etwas Bestimmtes Anspruch machen kann [b]. Wird C) von mehreren auf dem Grundstück eines Andern die *servitus pascendi* gemeinschaftlich ausgeübt, oder geben sich zwey Eigenthümer wechselseitig als Dienstbarkeit das Recht, ihr Vieh mit auf die Weide des andern zu treiben, so heifst diefs *servitus compascui* [c]. Es können aber zwey Gutsbesitzer sich dieses Recht der Koppelhut auch blofs bittweise, als persönliches Recht (*iure familiaritatis*) einräumen [d]. Für das Letzte streitet, wenn der Besitz ausgemacht ist, nicht die Vermuthung [e]. Die Natur vieler andern Dienstbarkeiten z. B. der *servitus aquae hauriendae* [f], *arenae fodiendae*, *glandis legendae* [g], *aquaeductus* [h] u. s. w. ergibt sich aus dem Wortverstande.

[u] L. 4. de S. P. R. (8. 3.).

[x] Hellfeld l. c. §. 679.

[y] I. F. Runde Beytr. zur Erl. rechtl. Gegenst. 1. B. n. 10.

[z] Carpzov P. 1. C. 41. Def. 8. Kind quaest. for. T. 4. c. 57.

[a] Kind l. c. T. 2. c. 59. T. 4. c. 65.

[b] S. oben §. 604. nr. F. Kind l. c. T. 1. c. 48. T. 4. c. 66. A. F. Rivinus de aequali iure dominantis et servientis praedii si pascua non sufficiant. Lips. 1738. Glück Comm. 10. B. §. 680.

[c] A. Fritsch de compascuis. Ien. 1670. Münter v. der Koppelweide (Hagemanns u. Günthers Archiv 4. Th.).

[d] Stryk de iure familiaritatis. A. M. ist Coccei L. 8. T. 3. qu. 2.

[e] Ueber die mancherley Ideen s. Kind qu. for. T. 3. c. 38. Emminghaus ad Cocceii l. c. Stryk eod. §. 15. I. L. ab Eckardt an detur compascuum ex praesumt. quod sit familiaritas aut precar. revocabile. Ien. 1784. Glück Comm. 10. B. §. 681.

[f] Walch de aquae hauriendae serv. Ien. 1754.

[g] I. G. Heuser de eo quod iustum est circa ius gland. legendae. Ien. 1742.

[h] G. G. Hermann de servitute aquaeductus. Lips. 1803. Glück Comm. 1. B. §. 682.

§. 609.

2) Persönliche. A) Ususfructus.

Unter den persönlichen Dienstbarkeiten ist der *ususfructus*, welchem Worte unser Niefsbrauch völlig entspricht, die gewöhnlichste. Man versteht darunter das dingliche Recht an der Sache eines Andern, vermöge dessen man die Sache unbeschadet ihrer Substanz gebrauchen, und sich die Früchte derselben zueignen darf [*i*].

§. 610.

Dessen Object. Quasiususfructus.

Der eigentliche Gegenstand des Niefsbrauchs kann nur eine körperliche, nicht verzehrbare Sache (§. 261.) seyn; doch hat man später auch den Niefsbrauch unkörperlicher [*k*], ja sogar einen, jetzt sogenannten *Quasi-Ususfructus* verzehrbarer, und vertragsmäfsig denselben gleichgesetzter Sachen zugelassen, sofern nämlich der Empfänger Sicherheit dahin leistet, dafs er die empfangenen verzehrbaren Sachen, welche dann also sein Eigenthum werden, in gleicher Güte, und in gleichem Maafs, oder deren Werth dereinst zurückgeben wolle [*l*]. Kleider sind nach Justinians Ansicht im Zweifel *quasi in usufructu* [*m*].

§. 611.

Rechte des Nutzniefsers.

Die Rechte des Nutzniefsers bestehen im Wesentlichen darin, dafs er die Hauptsache und deren Zubehör [*n*] gebrauchen, und sich alle, daraus erzeugten natürlichen, oder durch dieselbe gewonnenen bürgerlichen Früchte zueignen [*o*], auch sein Recht, zwar nicht durch Cession abtreten [*p*], aber

[*i*] I. de Castillo de usufr. M. G. Galvanus de eod. arg. zuletzt Tub. 1788. G. Noodt de usufr. (op. T. 1.).

[*k*] L. 3. de usufr. ear. rer. (7. 5.). Walch de controv. de usufr. nominis. Idem de usufr. nomin. marital. (op. T. 1. n. 3. 4.).

[*l*] §. 2. I. de usufr. (2. 4.) L. 7. 8. h. t. (7. 5.). C. F. Haeberlin de usufr. pecun. Helmst. 1783.

[*m*] L. 15. §. 4. de usufr. (7. 1.) vergl. mit §. 2. I. eod. (2. 4.). A. F. Schott de usufr. vestim. ex volunt. contrah. vere vel quasi tali (op. p. 164.). Glück Comm. 9 B. §. 643. 644.

[*n*] L. 91. §. 5. de leg. III. (32.) L. 15. §. 6. de usufr. (7. 1.) L. 1. pr. si ususfr. pet. (7. 6.). Voet L. 7. T. 1. §. 27. fgg.

[*o*] L. 7. §. 1. L. 9. L. 59. §. 1. 2. de usufr. (7. 1.).

[*p*] Ohne allen Grund abweichend ist Water Obs. L. 3. c. 11.

doch die Ausübung einem Andern überlassen kann [q]. Einen Gewinn, welcher der Sache zuwächst, aber keine Frucht ist, erhält er also nicht, mithin weder den Schatz, noch das Sklavenkind [r], auch nicht den Zuwachs zu dem Boden, welcher sich genau unterscheiden läſst [s]. Zum Zweck des Nieſsbrauchs darf er auch die Gestalt eines leeren Grundstücks auf eine vortheilhafte Art ändern [t], und der Ernte wegen Gebäude errichten, sonst aber nicht [u]. Im Uebrigen darf er, wenn ihm auch Verzierungen und Verbesserungen erlaubt sind, Gebäude nicht umgestalten [x], selbst unvollendete nicht vollenden [y], es sey denn, daſs er nichts als den Nieſsbrauch eines Gebäudes erhalten hätte, und dieses ohne Vollendung nutzlos seyn sollte [z].

§. 612.

Fortsetzung. Wie die Benutzung unbeschadet der Substanz der Sache geschehen müsse, ist in jedem Fall durch Beurtheilung zu entscheiden. Nur in Ansehung der Holzungen, und der Stein- und Metall-Gruben ist noch dieſs zu bemerken: A) nachwachsende, oder bisher geschlagene Holzungen darf der Nutznieſser gleichfalls ordentlich behauen, selbst über seinen Bedarf [a]; nur darf er keine Samenbäume nehmen, wenn sie noch gut sind, oder es bisher nicht geschah [b]. Sind Holzungen nicht von jener Art, so darf er nur zur Nothdurft nehmen [c]. Eben dieſs gilt vom Fallholz [d], auch von Holzungen, deren Nieſsbrauch zwar nicht im

[q] L. 12. §. 2. 3. eod. L. 9. §. 1. locat. (19. 2.). D. Stipper de locat. conductione usus fr. Lips. 1728.

[r] §. 37. I. de rer. div. (2. 1.) L. 68. pr. de usufr. (7. 1.). Bynkershoek Obs. L. 5. c. 7. Gmelin de divers. part. ancill. et fruct. iure. Tub. 1778. I. C. F. Meister prolus. ad L. 68. pr. de usufr. nec non L. 28. §. 1. de usur. Trai. cis Viadr. 1810.

[s] L. 9. §. 4. de usufr. (7. 1.). Bynkershoek L. 5. c. 1.

[t] L. 13. §. 5. eod. Voet §. 24. Hugo Civ. Mag. 3. B. 3. Heft, nr. 13. Glück Comm. 9. B. §. 653. Mit Manchen abweichend, aber aus eignen Gründen, ist Feuerbach civil. Vers. 1. B. n. 4.

[u] L. 13. §. 6. 7. eod.

[x] L. 13. §. 4. 7. 8. L. 44. eod.

[y] L. 61. eod.

[z] Arg. L. 13. §. 6. eod. Emminghaus ad Cocceii L. 7. T. 1. qu. 7. not. m.

[a] L. 9. §. 6. L. 10. L. 59. §. 2. de usufr. (7. 1.) L. 30. de V. S. (50. 16.).

[b] L. 9. §. 7. L. 11. L. 18. h. t. (7. 1.). Voet §. 22. Noodt L. 1. c. 7.

[c] L. 10. eod.

[d] L. 12. pr. eod.

Testament vermacht ist, welche aber der Testator zum Vortheil des, zum Niefsbrauch gegebenen Grundstücks benutzte [e]. B) In Ansehung der Metall- und Steingruben ist zu unterscheiden: a) Steingruben darf er nutzen, wo er sie eröffnet findet, oder die Eröffnung dem Ertrage nicht schadet. Doch erhält er nur im ersten, und im letzten Fall blofs dann das volle Eigenthum, wenn der Stein nachwächst, sonst aber blofs den Niefsbrauch [f]. b) An andern Fossilien erhält er in allen jenen Fällen das volle Eigenthum [g].

§. 613.

Zeitpunct des Erwerbs.

Obgleich der Niefsbrauch sofort das Nutzungsrecht ertheilt, so erhält doch der Nutzniefser das Eigenthum der Früchte nicht eher, bis er sie percipirt hat (§. 592.). Wird daher der Niefsbrauch geendigt, so fallen alle, dann noch nicht percipirten Früchte dem Eigenthümer zu, und dieser braucht sie nicht mit dem Nutzniefser oder dessen Erben zu theilen [h]; doch sind denselben die Saatkosten zu vergüten [i]. Die bürgerlichen Früchte erhält der Nutzniefser nur so weit, als der Nutzen, dessen Surrogat sie sind, schon während der Dauer des Niefsbrauchs gezogen ist [k]. Sind sie aber keine Surrogate, so kann er freilich nur auf die, während der Dauer des Niefsbrauchs fällig gewordenen Anspruch machen [l].

§. 614.

Dessen Pflichten.

Der Nutzniefser ist dagegen verpflichtet, nach den bisher angegebenen Grundsätzen die

[e] L. 9. §. 7. eod.

[f] L. 9. §. 2. 3. L. 13. §. 5. de usufr. (7. 1.) L. 32. de iure dot. (23. 3.) L. ult. de fundo dotali (23. 5.) L. 7. §. 12. 13. L. 8. pr. sol. matr. (24. 3.).

[g] L. 13. §. 5. de usufr. (7. 1.) L. 7. §. 14 L. 8. pr. sol. matrim. (24. 3.) Ueber die Ideen Andrer s. Cuiac Obs. L. 4. c. 21. Faber coniect. L. 1. c. 8. Cocceii L. 7. T. 1. qu. 12.

[h] §. 36. I. de rer. div. (2. 1.) L. 12. § ult. de usufr. (7. 1.). L. 13. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 8. de annuis legat. (33. 1.). L. C. C. Veillodter quatenus usufructu morte usufructuarii extincto fructus in eius heredes transmittuntur. Altd. 1802. §. 8—10. 14—17. A. M. ist Cuiac Obs. L. 24. c. 21.

[i] L. 36. §. ult. L. 37. de her. pet. (5. 3.). Veillodter l. c. §. 13.

[k] L. 26. L. 58. pr. de usufr. (7. 1.).

[l] So vereinige ich Carpzov P. 3. C. 32. Def. 19. P. 3. C. 15. D. 5. mit Voet L. 7. T. 1. §. 30. und Veillodter

Substanz der Sache nicht anzugreifen; die Sache in ordentlichem Stande zu erhalten [*m*], ohne jedoch zu Auslagen, welche den Werth des Nieſsbrauchs übersteigen, verpflichtet zu seyn [*n*], und daher auch in Baumschulen und Holzungen, Windbrüche abgerechnet [*o*], nachzupflanzen [*p*], und eben so, was aus Gehägen, Teichen und Heerden an Wild, Fischen und Vieh genommen ist, aus dem Nachwuchs derselben zu substituiren [*q*]. Auſserdem muſs er alle ordentlichen und auſserordentlichen Real-Lasten tragen [*r*]; doch kann er vom Proprietar die auſserordentlichen in so weit, als sie die Summe seines ganzen Gewinns übersteigen, zurückfodern [*s*].

§. 615.

B) Fructus und usus.

Die, in dem Nieſsbrauch enthaltenen beiden Theile: Fruchtgenuſs (*fructus*), und Gebrauch (*usus*), können, sowohl jener [*t*], als dieser, Jemandem abgesondert gestattet werden. Der *usus* an sich gibt also kein Recht auf Früchte, wiewohl man später, mit Rücksicht auf den gemeinen, uneigentlichen Redegebrauch, und die Interpretations-Regel (§. 53. 54.): daſs man Geschäfte möglichst zu erhalten suchen muſs, manches hierin geändert hat. Hienach muſs man jetzt unterscheiden: A) die Sache trägt keine Früchte: dann hat der Usuar das volle Gebrauchsrecht über seine Bedürfnisse; nur darf er die Ausübung seines Rechts nicht ganz einem Andern überlassen [*u*]. B) Ist die Sache fruchttragend, so kann sie entweder a) ganz gebraucht werden, ohne daſs der Fruchtgenuſs dem Usuar

l. c. §. 12. Ungefähr gleichdenkend ist jetzt Glück Comm. 9. B. §. 637. c.

[*m*] L. 7. §. 2. 3. L. 9. §. 6. L. 13. §. 2. L. 15. §. 2. L. 18. L. 44. L. 45. de usufr. (7. 1.).

[*n*] L. 7. §. 2. eod. Westphal §. 679. G. Kastendyk de iur. et obl. usufr. circa refect. aedific. Goett. 1792.

[*o*] L. 59. pr. eod.

[*p*] L. 9. §. 2. L. 65. L. 68. §. ult. L. 69. eod.

[*q*] L. 62. §. 1. eod.

[*r*] L. 27. §. 3. L. 52. eod. L. 28. de usu et usufr. legat. (33. 2.). Voet L. 7. T. 1. §. 37. Westphal §. 678. A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 255.

[*s*] Voet §. 38. Leyser Sp. 106. m. 3.

[*t*] L. 5. §. 1. usufr. quem. cav. (7. 9.). Ueberh. L. G. Madihn princ. iur. R. T. 2. §. 374. Idem de vera servitutis usus notione. Trai. ad V. 1803. Meine Versuche 1. B. n. 3.

[*u*] L. 4. pr. L. 8. pr. L. 12. §. 5. L. 14. L. 16. §. 2. L. 20. L. 22. §. 1. de usu (7. 8.).

zur Wirksamkeit seines Rechts nöthig ist: dann ist sein Gebrauchsrecht wieder unbedingt, und er erhält, wenn nicht die Absicht des Concedirenden mehr Liberalität erfodern sollte, von den Früchten nichts [*x*]. Kann er aber b) ohne Fruchtgenuſs keine volle Wirksamkeit für sein Recht erhalten, so darf er bis auf sein, und der Seinigen Bedürfniſs von den Früchten nehmen [*y*]. Der *usus* verzehrbarer Dinge ist in nichts vom Nieſsbrauch solcher Sachen verschieden [*z*]. Uebrigens trägt der Usuar in der Maſse, als er die Vortheile der Sache erhält, natürlich auch deren Lasten.

§. 616.

C) Habitatio. Bey Wohnungen kommt noch eine eigne Dienstbarkeit unter dem Namen *habitatio* schlechthin vor, welche nach dem Sprachgebrauch im Wesentlichen die, im *usufructu* und *usu habitationis* liegenden Rechte enthält, aber nie mehr, als der Nieſsbrauch, also nun auch eben so, wie der letzte, durch Verjährung verloren geht [*a*], und sich vom *usufructu* und *usu habitationis* bloſs dadurch unterscheidet, daſs ihre Ausübung ganz, aber nicht umsonst, einem Andern überlassen [*b*], und daſs sie, wenn sie von einem Lebenden auf immer geschenkt ist, von dessen Erben dennoch widerrufen werden kann [*c*].

§. 617.

D) Operae servorum. Die letzte, ausschlieſsend persönliche Dienstbarkeit ist das Recht auf die Dienste eines fremden Sklaven (*operae servorum*), welche sich insofern, als sie sich bloſs auf die Benutzung der Dienste erstreckt, vom Nieſsbrauch und Gebrauch eines

[*x*] L. 12. §. 2. 3. 4. eod. §. 4. I. eod (2. 5.).

[*y*] L. 12. pr. §. 1. L. 22. pr. D. eod.

[*z*] L. 5. §. 2. de usufr. ear. rer. (7. 5.).

[*a*] L. 13. C. de usufr. (3. 33.). Meine Schr. über Bes. u. Verj 2 Thl. §. 57. nr. D. Ueberh. N. C Lib. B. de Lynker de iure habitationis. Ed. nova. Ien. 1704. 8. Gmelin und Elsässer gemeinnütz. iur. Beob. 3. B. n. 7.

[*b*] L. 10. de usu (7. 8.). A. M. sind Vinnius ad Inst. L. 2. T. 5. n. 2. Merillius ad L. Dec. ad L. 13. C. de usufr. Glück Comm. 9. B. §. 652.

[*c*] L. 27. L. 32. de donat. (39. 5.). Wissenbach Disp. Vol. 2. D. 16. §. 16. A. M. ist Voet L. 7. T. 8. §. 7. Lynker l. c. Sect. 2. §. 5. fgg.

Sklaven unterscheidet [*d*], auch das Besondere hat, daſs sie auf die Erben übergeht [*e*], und untheilbar ist [*f*].

§. 618.

E) Gemeinschaftliche Pflicht zur Caution.

Eine gemeinschaftliche Pflicht [*g*] bey allen persönlichen Dienstbarkeiten ist die Verbindlichkeit, die, *in specie* zurückzugebende Sache ordnungsmäſsig, unter Anwendung des höchsten negativen und positiven Fleiſses [*] zu gebrauchen, und in allen Fällen das Erhaltene in Natur, oder in der Gattung, oder dem Preise nach, in Gemäſsheit eines Inventars, oder, wo diese nicht besonders erlassen ist [*h*], einer eidlichen Specification zur gehörigen Zeit herauszugeben [*i*], auch über dieſs alles, nämlich nach Umständen, je nachdem das Recht ein eigentliches, oder uneigentliches ist, entweder über den gehörigen Gebrauch und die Restitution, oder über die letzte allein, Sicherheit zu bestellen [*k*]. Diese Caution muſs in der Regel durch Bürgen, oder auch, wo das Object bestimmt ist, durch Pfänder geleistet werden [*l*]. Kann dieſs nicht geschehen, so muſs der Richter entscheiden, ob eidliche Caution anzunehmen, oder das Object zu sequestriren, oder zu verpachten sey [*m*].

§. 619.

Fortsetzung.

Die Verpflichtung zur reellen Cautions-Leistung fällt weg, 1) wenn sie vertragsmäſsig erlassen ist, welches selbst bey dem Quasi-Ususfructus stattfindet [*n*]. Nur allein der Testator kann

[*d*] L. 1. L. 5. de oper. serv. (7. 7.).

[*e*] L. 2. de usufr. leg. (33. 2.).

[*f*] L. 1. §. 9. ad Leg. Falc. (35. 2.) L. 3. §. 1. de op. libert. (38. 1.) L. 72. de V. O. (45. 1.).

[*g*] L. 5. §. 1. usufr. quemadm. cav. (7. 9.).

[*] L. 13. pr. §. 2. L. 15. §. 3. L. 65. L. 66. de usufr. (7. 1.) L. 1. §. 2. 7. L. 2. usufr. quem. caveat (7. 9.).

[*h*] Pufendorf T. 1. Obs. 98. §. 18.

[*i*] L. 1. §. 4. eod. Carpzov P. 2. C. 10. Def. 9.

[*k*] L. 1. pr. §. 3. 5. 6. eod.

[*l*] L. 7. eod. L. 4. C. de usufr. (3. 33.).

[*m*] Lauterbach coll. L. 7. T. 9. §. 10. Voet eod. §. 3. Nach der Strenge könnte man dieſs alles verwerfen mit D. Luescher de cautione ob usumfr. verum praestanda. Heidelb. 1811. §. 12. 13.

[*n*] Galvan de usufr. c. 19. W. Burchardi caut. usufr. nec veri nec quasi ususfr. substant. ingredi. Herb. 1757. Westphal §. 628. Abweichend sind Donell comm.

dem, welchen er mit einem *legato ususfructus* bedacht hat, die Caution nicht erlassen, wenn er nicht einen Andern mit der Cautions-Pflicht gültig beschwert [o]. Aufserdem sind 2) manche Personen davon befreyt. Ganz und gar von aller Caution sind frey A) der Vater in Betreff der Adventitien seiner Kinder [p]; B) der Empfänger einer Brautgabe [q], welches man überhaupt auf den Mann, als Nutznießer der Güter seiner Frau, ausdehnt [r]. C) Jeder, welchem auch dereinst die Proprietät gewifs zufällt [s]. Noch setzt man *in Praxi* hinzu D) den Schenkenden, welcher sich eine Dienstbarkeit vorbehalten hat [t], so wie E) die Prediger in Rücksicht der Pfarrländereyen [u]; auch nimt man an, dafs die, welchen die Cautionsleistung erlassen ist, im Fall eines Mifsbrauchs der Sache dazu angehalten werden können [x]. Die, von Einigen auch noch dahin gerechnete Ehefrau, welche zur zweyten Ehe schreitet, ist namentlich von den Gesetzen zur Bürgschaft verpflichtet [y]. Ein blofs mündliches Versprechen genügt bey dem Fiscus [z].

§. 620.

Beschlufs. Der Proprietar ist da, wo die Caution zu bestellen ist, auf mancherley Weise gedeckt. Er kann nämlich die Sache bis zur wirklichen Leistung zurückhalten [a], oder dieselbe, wenn sie übergeben war, bis dahin zurückfodern, oder auf Bestellung der Caution durch eine *condictio incerti* dringen [b], alsdann auch, nach geendigtem Niefsbrauch sich der allgemeinen Klagen auf Entschädigung und Rückgabe bedienen [c]. Die, bis zur Bestellung der, nicht durch

L. 10. c. 4. Noodt de usufr. L. 1. c. 19. Schöman Handb. 1. B. S. 348. Glück Comm. 9. B. §. 654.

[o] L. 8. de usufr. ear. rer. (7. 5). L. 1. C. de usufr. (3. 33.) L. penult. C. ut in poss. legat. (6. 54.). Höpfner Comment. §. 773. not. 3. Luescher §. 8. 9.

[p] L. 8. §. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[q] L. 2. C. ne fideiuss. pro dote (5. 20.)

[r] Carpzov L. 6. Resp. 51.

[s] L. 9. §. 2. h. t. (7. 9.).

[t] Voet eod. §. 8. Cocceii eod. qu. 3.

[u] Wernher P. 6. Obs. 58.

[x] Hellfeld iur. for. §. 655.

[y] L. 6. §. 1. C. de secund. nupt. (5. 9.).

[z] L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. ut legator. (36. 3.). Schöman Handb. 1. B. S. 348—350. Glück Comm. 9. B. §. 654.

[a] L. 13. pr. de usufr. (7. 1.).

[b] L. 7. h. t. (7. 9.) L. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. (7. 5.).

[c] L. 5. §. 1. cit. L. 13. §. 2. de usufr. (7. 1.).

die Schuld des Proprietars verhinderten Caution gezogenen Früchte fallen dem Proprietar zu, sofern er sie selbst zieht, wenn nicht ein besonderer Grund da ist, warum sie zur Masse geschlagen werden müssen; die vom Nutzniefser selbst gezogenen Früchte aber können nicht von demselben gefodert werden [*d*].

§. 621.

III) Erwerbung der Dienstbarkeiten.

Dienstbarkeiten können erworben werden, und zwar alle Arten derselben, 1) durch einen Vertrag. Damit aber der Vertrag diese Wirkung habe, ist erfoderlich, A) dafs die Dienstbarkeit nicht zu allgemein versprochen sey [*e*]; B) dafs der Veräufsernde fähig sey, vermöge eines, ihm zustehenden, unbeschränkten, ausschliefslichen Eigenthums über die Sache zu disponiren [*f*]. Steht Jemandem eine Dienstbarkeit an einer Sache zu, welche durch die, zu errichtende Dienstbarkeit beschränkt werden soll, so kann nach den subtilen Begriffen der Römer der Eigenthümer, selbst nicht einmal mit Einwilligung des Inhabers der Dienstbarkeit, die neue Dienstbarkeit errichten [*g*]. Ferner mufs C) der, welcher die Dienstbarkeit erwerben will, zur Erwerbung derselben fähig seyn, also bey Real-Dienstbarkeiten das herrschende Gut im Alleineigenthum haben [*h*]. Ehemals mufste auch D) die Errichtung einer Real-Servitut unbedingt und ohne Zeitbestimmung geschehen. Diefs fällt aber jetzt weg [*i*]. Endlich mufs E) zu dem Vertrage bey affirmativen Dienstbarkeiten, noch eine Quasi-Tradition, und was derselben gleich ist, wie das *Constitutum*

[*d*] L. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. (7. 5.) L. 24. pr. de usu et usufr. legat. (33. 2.). Ueber die verschiedenen Ideen Emminghaus ad Cocceii L. 7. T. 9. qu. 1. Voet eod. §. 3. Cocceii l. c. Tittel de fruct. ab usufruct. ante praest. caut. acquirendis. Ien. 1762. Luescher §. 18.

[*e*] L. 7. commun. praed. (8. 4.).

[*f*] §. 3. I. de servit. (2. 3.) L. 14. §. 2. eod. (8. 1.).

[*g*] L. 15. §. 7. L. 17. pr. de usufr. (7. 1.). Ueber die mancherley Versuche, diese Gesetze zu erklären und zu verbessern, s. I. G. Bauer recepta L. 15. in fin. de usufr. lectio defensa. Lips. 1736. (in op. T. 1. n. 8.). C. G. Richter de servitute a proprietatis domino fundo fructuario imponenda. Lips. 1739. Reichhelm Vers. einer Ausl. dunkler Ges. n. 7. Glück Comm. 9. B. §. 625.

[*h*] L. 6. §. 2. L. 18. commun. praed. (8. 4.). Westphal §. 788.

[*i*] L. 4. pr. de servit. (8. 1.). Cuiac in Papin. ad L. 4. cit.

possessorium (§. 303.), hinzukommen [*k*]. Ob übrigens der Vertrag ausdrücklich, oder stillschweigend geschlossen sey, ist natürlich ohne Einflufs. Merkwürdig aber ist es, dafs nach den Gesetzen eine Servitut geradezu als stillschweigend constituirt angenommen wird, wenn ein Eigenthümer mehrere Sachen hatte, die eine zum Vortheil der andern benutzte, und nun die eine Sache veräufsert. Ist in diesem Fall die bisher stattgehabte Benutzung zur Erhaltung der veräufserten Sache wesentlich erfoderlich, so kann der Erwerber derselben die Benutzung als Dienstbarkeit fortsetzen [*l*]. Aufserdem kann eine Dienstbarkeit 2) einseitig erworben werden A) durch ein richterliches Erkenntnifs, welches gewöhnlich nur *in iudiciis divisoriis* stattfindet [*m*]. Eine sehr singulaire Vorschrift des Römischen Rechts [*n*] hat indefs die neueren Juristen veranlafst, dem Richter stets die Befugnifs zu ertheilen, auf Bitten des einen Eigenthümers die Sache des andern mit einer Dienstbarkeit zu beschweren, wenn dem ersten ohne diefs seine eigne Sache unnütz wird [*o*]. Ferner gehört dahin B) die Verjährung, und C) eine letzte Willensordnung. Von beiden ist aber erst unten zu handeln. Endlich kann D) eine Servitut durch Gesetze aufgelegt werden (*servitus legalis*). Dahin gehören denn alle, oben erwähnten gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums (§. 579. fgg.) zum Vortheil eines Andern [*p*]. Der Niefsbrauch wird insbesondre noch nach gesetzlicher Vorschrift erworben 1) vom Vater an den Adventitien der Kinder [*q*], und einer Viril-Portion dessen, was emancipirte Söhne von ihrer Mutter erben [*r*]; 2) zum Vortheil der Kinder erster Ehe von dem Ehegatten, welcher

[*k*] S. oben §. 308. Noodt de usufr. L. 2. c. 2. A. F. Rivinus de retentione usufructus eiusque effectu. Lips. 1730.

[*l*] L. 30. de usufr. (7. 1.) L. 10. L. 36. de S. P. U. (8. 2.) L. 7. pr. L. 11. commun. praed. (8. 4.) L. 40. §. 1. de leg. I. (30.) L. 1. de servitute legata (33. 3.). Mevius P. 3. Dec. 34. Hert de servitute facto constituta. (op. V. 1. T. 3.).

[*m*] L. 22. §. 3. fam. herc. (10. 2.).

[*n*] L. 12. pr. de religios. (11. 7.).

[*o*] Voet L. 8. T. 3. §. 4. Westphal §. 871. I. F. Rivinus de servitute necessaria. Lips. 1734. Pufendorf T. 1. Obs. 240. Glück Commentar 9. B. §. 628. Noch weiter geht Leyser Spec. 109. m. 9.

[*p*] S. C. Harprecht de servitute legali. Kil. 1725.

[*q*] S. oben §. 362.

[*r*] Nov. 118. c. 1. vergl. mit L. 1. L. 3. C. de bon. matern. (6. 60.). Glück Intestaterbfolge. §. 95.

mit jenen *ab intestato* erbt, oder zur zweyten Ehe schreitet, an dem, *ab intestato* ererbten, oder vom verstorbenen Ehegatten überhaupt, oder aus der Erbschaft der Kinder erhaltenen Vermögen [*s*]. Deutsche Statute enthalten oft noch mehr Beyspiele [*t*].

§. 622.

IV) Deren Verlust.

Die Dienstbarkeiten erlöschen, und zwar I) alle Arten derselben 1) durch Consolidation und Confusion, d. h. dadurch, daſs der Herr der dienenden Sache in die Rechte des Inhabers der Servitut eintrit, oder umgekehrt [*u*]; doch wird die Servitut wieder hergestellt, wenn die Confusion durch einen, nur auf eine gewisse Zeit verliehenen Erwerb begründet ward [*x*]. 2) Wenn das Recht dessen, welcher die Dienstbarkeit errichtete, aufhört; jedoch mit Unterscheidungen [*y*]. Ferner 3) durch Aufgebung und Entsagung [*z*], sofern alle Interessenten dabey einwilligen [*a*]. Eine solche Entsagung liegt auch darin, wenn man dem Herrn des dienenden Gutes ausdrücklich etwas erlaubt, was die Ausübung der Dienstbarkeit auf immer unmöglich macht [*b*]. Eben diese Wirkung hat das stillschweigende Leiden, nur mit dem Unterschiede, daſs hier Entschädigung gefodert werden kann [*c*]. Sind 4) Dienstbarkeiten auf eine Zeit, und bedingt ertheilt, so führt natürlich der Ablauf der Zeit, und die Existenz der Be-

[*s*] Auth. praeterea C. unde vir et uxor (6. 18.) und oben §. 393.

[*t*] Hellfeld iurispr. for. §. 627.

[*u*] S. überh. oben §. 117. L. 18. de serv. (8. 1.) L. 27. de S. P. R. (8. 3.). Trit Jemand in das Miteigenthum des herrschenden oder dienenden Gutes ein, welcher bisher die Servitut litt, oder ausübte: so bleibt sie pro rata stehen. L. 8. §. 1. de serv. (8. 1.) L. 30. §. 1. de S. P. U. (8. 2.) L. 140. §. 2. de V. O. (45. 1.). Westphal §. 927. W. A. Lauterbach de confusione. Tub. 1660. §. 30—33. 44—46.

[*x*] L. 18. de serv. (8. 1.) L. 7. §. 1. L. 9. Commun. praed. (8. 4.) L. 2. §. 18. de hered. vel act. vend. (18. 4.). I. G. Siegel an servitus confusione extincta fundo serviente alienato reviviscat. Lips. 1725.

[*y*] L. 16. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 4. de serv. (8. 1.). Welche Unterscheidungen hier bestimmt zu machen sind, erhellet unten aus §. 666.

[*z*] L. 64. 65. de usufr. (7. 1.).

[*a*] L. 34. pr. de S. P. R. (8. 3.).

[*b*] L. 8. pr. quem. serv. amitt. (8. 6.).

[*c*] L. 28. comm. divid. (10. 13.). Voet L. 8. T. 6. §. 5. Ueber die Ideen Andrer s. Cocceii eod. qu. 3. Leyser Spec. 110.

dingung das Erlöschen mit sich [*d*], so wie 5) der Untergang des Gegenstandes derselben, so, daſs die Dienstbarkeit dann nicht einmal an den, als Accessionen des Hauptgegenstandes anzusehenden Dingen fortdauert [*e*]. Die Umgestaltung des ganzen Gegenstandes, wenn sie nur nicht unmerklich geschieht, oder eine, den Zugang zum Gegenstande unmöglich machende Verhüllung desselben [*f*], wird dem Untergange der Sache gleichgesetzt [*g*]; doch weichen hier die Real- von den Personal-Servituten darin ab, daſs jene zu jeder Zeit durch Restitution des Objects wieder aufleben [*h*], nicht aber diese [*i*], ausgenommen, wenn die Restitution bloſs in Enthüllung eines bedeckten, nicht umgeformten Gegenstandes besteht [*k*], oder der, dem die Dienstbarkeit zustand, auf das Object in jeder Form ein immerwährendes Recht hat [*l*]. Endlich erlöschen 6) alle durch Verjährung, wovon unten, so wie 7) durch Widersetzlichkeit bey Auffoderung zur Bestellung der *cautio de damno infecto* [*m*]. Durch Miſsbrauch werden nur Foderungen auf Entschädigung veranlaſst, welche sofort geltend gemacht werden können [*n*]; aber es werden dadurch weder dingliche [*o*], noch persönliche Servituten verwirkt [*p*], den einzigen, oben (§. 363. a. E.) erwähnten Fall ausgenommen. Eben so wenig kann die ungültige Cession einer Servitut jene Folge haben [*q*]. II) Ins-

[*d*] L. 15. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 4. de serv. (8. 1.).

[*e*] L. 10. §. 2. 3. 5. L. 12. pr. §. 1. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.).

[*f*] L. 10. §. 7. eod. L. 83. §. 5. de V. O. (45. 1.).

[*g*] L. 5. §. ult. L. 10. §. 1—6. L. 12. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.).

[*h*] L. 14. L. 18. §. ult. quem. serv. am. (8. 6.).

[*i*] L. 10. §. 1. 7. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 36. de usufr. (7. 1.).

[*k*] L. 71. eod.

[*l*] Z. B. der Nieſsbrauch des Vaters an den Adventitien. Wernher lect. comm. L. 7. T. 4. §. 2.

[*m*] L. 9. §. 5. de damno infecto (39. 2.).

[*n*] L. 1. §. 6. usufr. quem. cav. (7. 9.).

[*o*] L. 11. quem. serv. am. (8. 6.).

[*p*] L. 1. §. 5. 6. usufr. quem. cav. (7. 9.) L. 27. de noxal. act. (9. 4.). Breuning D. an ususfr. am. ubusu. Lips. 1770. Fleischmann de abusu modo toll. usumfr. spur. Alt. 1779. Glück Comment. 9. B. §. 658. A. M. sind Stryk L. 7. T. 4. §. 6. Cramer T. 3. obs. 967.

[*q*] §. 3. I. de usufr. (2. 4.). A. M. sind Viele wegen der, jetzt unerheblichen L. 66. de iure dot. (23. 3.). Vergl. Emminghaus ad Cocceii L. 7. T. 4. qu. 3. Glück Comment. 9. B. §. 634.

besondere werden 1) dingliche Dienstbarkeiten durch Untergang des herrschenden Gutes [r], und 2) persönliche Servituten aufgehoben A) durch den Tod des Inhabers der Servitut [s], oder, wenn sie schlechthin auf die Erben gerichtet sind, durch den Tod der Erben des ersten Grades [t]; bey moralischen Personen aber durch den Ablauf von hundert Jahren [u]. Singulair ist es, daſs der, dem Sohn gegebene, und dadurch als *adventitium* auf den Vater übergangene Nieſsbrauch, nicht durch den Tod des Sohnes [x], und der, einem Dritten auf die Zeit, daſs ein andrer Dritter rasend sey, verliehene Nieſsbrauch nicht durch den Tod des Rasenden erlischt [y]. Als bürgerlicher Tod vernichten auch B) Verlust der Freyheit und des Römischen Bürgerrechts persönliche Dienstbarkeiten [z], nicht aber mehr, wie sonst zuweilen, der Verlust der Familien-Rechte [a].

§. 623.

V) Rechtsmittel. 1) Possessorische.

Die Rechtsmittel zum Schutz der Servituten sind nicht bloſs **petitorische**, sondern auch **possessorische** Rechtsmittel finden wegen derselben statt, jedoch nicht unbedingt. Man unterscheide: I) Der Inhaber einer **persönlichen** Servitut kann sich des *interdicti uti possidetis* und *utrubi* im Fall der Störung [b], und des *interdicti unde vi* im Fall der Entsetzung gegen jeden bedienen [c]. II) Gehen **dingliche** Servituten 1) darauf, daſs der Herr der dienenden Sache nicht handle, oder daſs der Herr der herrschenden Sache mit und auf dieser etwas thun darf: so ist jede Verletzung des Besitzes des Inhabers der Servitut zugleich Verletzung (aber nicht Aufhebung) des Besitzes der Hauptsache. Es findet hier also, aber auch nur allein, das *in-*

[r] L. 14. quem. serv. am. (8. 6.).

[s] L. 12. C. de usufr. (3. 33.).

[t] L. 14. C. eod.

[u] L. 56. de usufr. (7. 1.).

[x] L. ult. C. l. c.

[y] L. 12. C. eod. Westphal §. 910.

[z] §. 3. I. de usufr. (2. 4.) L. 1. L. 2. §. 1. eod. (7. 1.). Verlust des Deutschen Bürgerrechts ohne Reichsacht gehört nicht hieher Lauterbach coll. L. 7. T. 4. §. 4.

[a] L. penult. C. eod. L. 10. de cap. minut. (4. 5.).

[b] L. 4. uti possid. (43. 17.). Savigny v. Besitz, S. 481 — 483.

[c] L. 60. pr. de usufr. (7. 1.) L. 27. de donat. (39. 5.) L. 3. §. 13. 14. 15. 16. L. 9. §. 1. L. 10. de vi (43. 16.).

terdictum uti possidetis statt [*d*]. Nur für Einen Fall dieser Art ist aus politischen Gründen ein eignes Interdict, mit Ausschluſs des *interdicti uti possidetis* [*e*], gegeben, nämlich das *interdictum de cloacis*, welches auf Gestattung der Reinigung und Ausbesserung der Cloake geht [*f*], und das Besondere hat, daſs dabey auch der heimlich, gewaltsam, und bittweise erlangte Besitz geschützt wird [*g*]. 2) Wegen der übrigen Servituten, d. h. derer, welche zu positiven, von der herrschenden Sache unabhängigen Handlungen auf der dienenden Sache berechtigen, sind die allgemeinen Interdicte gestattet, dabey aber auch noch in einzelnen Fällen die, gleich zu nennenden besonderen Interdicte [*h*].

§. 624.

Fortsetzung. Diese besonderen Interdicte sind folgende: I) Das *interdictum de itinere actuque privato.* Dieses Interdicts kann sich jeder bedienen, welcher auf eignen Namen [*i*], binnen des letzten Jahres 30 Tage nicht heimlich, bittweise oder mit Gewalt, wobey in allem Betracht der Besitz des Vorgängers dem Nachfolger angerechnet wird [*k*], eine Weggerechtigkeit ausgeübt hat [*l*], und darin gestört ward [*m*]. Das Gesuch ist wie bey dem *Interdicto uti possidetis* [*n*]. Bedient sich Jemand dieses Interdicts wegen gehinderter Besserung der Wege, so muſs er zugleich sein Recht beweisen [*o*]. II) Das *interdictum de aqua quotidiana et aestiva.* Es findet dieses Interdict, im Wesentlichen ganz nach den Grundsätzen des *interdicti uti possidetis* [*p*], bey allen Arten der Wasserleitungen statt, wenn Jemand den Besitz dersel-

[*d*] L. 8. §. 5. si serv. vindic. (8. 5.). Savigny S. 488—491.

[*e*] L. 1. pr. uti poss. (43. 17.).

[*f*] L. 1. pr. de cloac. (43. 23.).

[*g*] L. 1. §. 7. eod.

[*h*] L. 20. in f. de servit. (8. 1.). Voet L. 43. Tit. 16. §. 2. Tit. 17. §. 1. A. M. sind Wissenbach ad Pand. L. 43. T. 17. §. 5. Savigny S. 485—488. 504.

[*i*] L. 1. §. 7. 8. 11. L. 3. §. 4. de itin. (43. 19.).

[*k*] L. 3. §. 2. §. 6—10. L. 6. eod. Savigny S. 487—491.

[*l*] L. 1. pr. L. 3. pr. §. 1. eod.

[*m*] L. 1. §. 5. eod.

[*n*] L. 1. pr. L. 3. §. 3. eod. vergl. mit §. 314. dieses Lehrbuchs.

[*o*] L. 3. §. 13. 14. eod.

[*p*] L. 1. pr. §. 23. 26. 27. de aqua quotid. et aestiv. (43. 20.).

ben im letzten Jahr der Gebrauchszeit [q], nicht heimlich, bittweise oder gewaltsam, und dabey in gutem Glauben ausgeübt hatte [r]. III) Auf eben die Art kann man sich des *interdicti de rivis* wegen gestörter Ausbesserung der Wasserleitung bedienen [s], so wie IV) des *interdicti de fonte*, wenn man im letzten Jahr aus einem lebenden Wasser geschöpft, oder daran Vieh getränkt hat [t].

§. 625.

2) Petitorische. Die petitorischen Rechtsmittel, deren hier noch, unter Uebergehung der, oben (§. 571. 574. 576.) angegebenen, Erwähnung zu thun ist, bestehen darin, daſs der, welcher sich eine erworbene Dienstbarkeit zuschreibt, dieselbe durch eine Klage, welche *actio confessoria* heiſst, gegen jeden Gegner verfolgt, oder sich durch eine Einrede schützt, wenn der Eigenthümer der Sache die Freyheit derselben durch die sogenannte *actio negatoria* verfolgt, oder ein Andrer die *actio confessoria* gegen ihn anstellt [u]. Wichtig sind in Ansehung beider Klagen folgende Hauptsätze: A) Beide Klagen gehen, und zwar die erste in der Hauptsache auf Anerkennung der constituirten Dienstbarkeit, die letzte auf Anerkennung der Freyheit des angeblich dienstbaren Gutes, es mag nun dort oder hier der Kläger im Besitz der Servitut oder Freyheit seyn, oder nicht [x]. B) Bey der ersten Klage ist jeder, welcher die Servitut verhindert, der Beklagte [y]. C) Die Negatorien-Klage kann direct nur vom wahren Eigenthümer [z], *utiliter* aber auch von dessen Stellvertretern, nämlich vom Pfandgläubiger, Emphyteuta und Superficiar angestellt werden [a]. Der Nutznieſser hat sie nur als Procurator des Eigenthümers [b], wiewohl ihm, wenn die Servitut

[q] L. 1. §. 31—36. L. 6. eod.

[r] L. 1. pr. §. 10. 19. 20. eod.

[s] Tit. P. de rivis (43. 21.).

[t] Tit. P. de fonte (43. 22.).

[u] F. Geisler de confessor. act. Lips. 1675. I. F. Knorre de act. negator. Erf. 1679.

[x] L. 5. §. ult. si ususfr. pet. (7. 6.) L. 6. §. 1. si serv. vind. (8. 5.) §. 2. I. de act. (4. 6.). Emminghaus ad Coccеii L. 8. T. 5. qu. 1.

[y] L. 10. §. 1. si serv. vind. (8. 5.).

[z] L. 2. eod.

[a] L. 16. de servit. (8. 1.).

[b] L. un. §. 4 de remiss. (43. 25.) L. 1. pr. L. 5. §. 1. si ususfr. pet. (7. 6.) L. 1. §. ult. L. 2. de nov. op. nunc. (39. 1.). Boehmer de act. S. 2. c. 2. §. 27.

sein Recht hindert, im eignen Namen die confessorische Klage zusteht [c]. D) Wer die Negatorien-Klage anstellt, muſs vorläufig bescheinigen, daſs er in dem, zur Begründung dieser Klage erfoderlichen Verhältniſs zu der angeblich dienenden Sache stehe [d]; wer hingegen die confessorische Klage wegen einer Real-Servitut anstellt, muſs sich zuvörderst durch den Beweis, daſs ihm das Eigenthum des herrschenden Gutes zustehe, zur Sache legitimiren [e]. Was E) den Beweis in der Hauptsache betrifft, so unterscheide man: a) der Streit wird zwischen Zweyen geführt, welche sich wechselsweise eine Servitut streitig machen; dann liegt dem Kläger der Beweis ob, ausgenommen, wenn er erweislich im Besitz ist. Wird hingegen b) der Streit zwischen dem Eigenthümer und dessen Stellvertretern an einem, und dem, welcher sich eine Servitut zuschreibt, am andern Theil geführt, so liegt dem letzten der Beweis ob, ausgenommen, wenn er im ordentlichen Besitz seyn sollte [f]; doch pflegt ihn die Praxis auch im letzten Fall nicht von der Beweislast zu befreyen [g]. Uebrigens gestattet man jetzt *utiliter* die *confessoria* einem Jeden, welcher sich ein anderes singulaires Vorrecht zuschreibt; die *negatoria utilis* Jedem, welcher ein solches Vorrecht bestreitet [h].

Drittes Capitel.

Ueber die Superficies und Emphyteusis.

§. 626.

I) Natur, 1) der Superficies.

Zu den, mit vielen Proprietäts-Rechten vermischten Rechten an der Sache eines Andern gehört das sogenannte *ius superfi-*

[c] L. 5. pr. si ususfr. pet. (7. 6.).

[d] L. 6. §. 3. si serv. vind. (8. 5.).

[e] L. 2. pr. §. 1. eod. L. 16. de except. (44. 1.). Vergl. auch Glück Comm. 10. B. §. 687.

[f] L. 5. §. 1. si ususfr. pet. (7. 6.) L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. si serv. vind. (8. 5.) L. 15. de nov. oper. nunc. (39. 1.). Hofacker T. 2. §. 1143. Weber Beytr. z. d. Lehre v. d. Kl. und Einreden, 2. u. 3. St. n. 16.

[g] Hufeland Beytr. z. Ber. d. pos. R. 4. St. n. 10. Allerley Unterscheidungen macht Glück a. a. O. C. C. W. Klötzer Berichtigung der Lehre v. der Beweislast etc. Jena. 1813.

[h] Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 471. fgg.

ciarium oder Platzrecht [*i*], und die, nachher zu erörternde Emphyteusis. Wenn nämlich der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache einem Andern erlaubt, eine Sache (*superficies*, *superficium*), sie sey ein Gebäude, oder sonst etwas [*k*], auf jener, oder einer, mit derselben festverbundenen Sache [*l*] so befestigt zu haben, daſs sie nach den Grundsätzen von der Accession in das Eigenthum des Eigenthümers des Bodens übergehen, oder darin bleiben muſs [*m*]: so hat freilich der Eigenthümer des Bodens nach der Strenge des Rechts das Eigenthum der Superficies [*n*], und kann diese als Eigenthum vindiciren [*o*]; doch erhält der Superficiar viele Rechte, welche ihn interimistisch dem wahren Eigenthümer sehr nahe bringen. Diese nennt man *ius superficiarium*.

§. 627.

Rechte des Superficiars.

Die Rechte des Superficiars sind folgende: A) Er kann sich die ganze Benutzung der Superficies anmaſsen [*p*]; jedoch nicht den Schatz, weil er nicht Eigenthümer ist [*q*]. Ferner überträgt er im Zweifel B) sein Recht auf seine Erben, und kann dasselbe sowohl unter Lebenden, als in einem letzten Willen einem Andern überlassen [*r*], auch C) auf die Zeit der Dauer seines Rechts die Sache mit Servituten belegen [*s*], und verpfänden [*t*]. Endlich kann er D) sein Recht durch mancherley gerichtliche Zwangsmittel schützen. Die petitorischen Klagen, welche ihm zustehen, sind eine *utilis rei vindicatio* [*u*], und die *actio publiciana* [*x*]; ferner die *actio familiae herciscun-*

[*i*] I. N. Hert de superficie. Giess. 1682. (op. V. 1. T. 3.). Lauterbach Coll. L. 43. T. 18. Leyser Spec. 509. Buri Lehnrecht. Ed. Runde 2. Abth. S. 570—595.

[*k*] L. 13. pr. de S. P. R. (8. 3.).

[*l*] L. 3. §. 7. uti possid. (43. 17.).

[*m*] Hert l. c. S. 1. §. 8.

[*n*] L. 2. de superf. (43. 18.) L. 19. pr. de damn. inf. (39. 2.) L. 49. de V. S. (50. 16.).

[*o*] L. 1. §. 4. de superf. (43. 18.).

[*p*] L. 1. pr. de superf. (43. 18.).

[*q*] Buri a. a. O. S. 572.

[*r*] L. 10. fam. hercisc. (10. 2.) L. 39. §. 5. de leg. I. (30.) L. 1. §. 7. h. t. (43. 18.) L. 32. de contr. emt. (18. 1.).

[*s*] L. 1. §. ult. h. t. (43. 18.).

[*t*] L. 16. §. 2. de pignor. act. (13. 7.) L. 9. de pignor. (20. 1.).

[*u*] L. 1. pr. §. 3. h. t. (43. 18.).

[*x*] L. 12. §. 3. de public. in rem act. (6. 2.).

dae, *communi dividundo* [y], und die *actio confessoria*, wenn er eine Dienstbarkeit als Zubehör der Superficies verfolgt [z]. Die, ihm zustehenden possessorischen Rechtsmittel sind, wenn er seines bisherigen Besitzes entsetzt ist, das *interdictum unde vi* [a], wenn er aber im bisherigen Besitz geschützt seyn will, ein eignes *interdictum de superficiebus* [b].

§. 628.

Dessen Pflichten.

Der Superficiar ist dagegen verpflichtet, die, auf der Sache ruhenden ordentlichen und aufserordentlichen Lasten zu tragen [c], und, wenn er das Recht unter dieser Bedingung erhielt, dem Eigenthümer die versprochene Abgabe, welche man *solarium* oder Grundzins nennt, zu entrichten [d], welches jedoch bey diesem Institut nicht wesentlich ist [e].

§. 629.

2) Der Emphyteusis.

Sehr ähnlich mit der Superficies ist die, bey den Römern in späteren Zeiten nach und nach eingeführte [f] Emphyteusis [g], welche sich, als Rechtsverhältnifs betrachtet, nur durch die allgemeine Beschreibung bezeichnen läfst, dafs sie der Inbegriff der, Jemandem zukommenden und obliegenden Rechte und Verbindlichkeiten ist, welcher von einem Andern die Benutzung einer Sache (*emphyteusis*, oder *ager vectigalis*) [h], unter der Bedingung, dieselbe zu cultiviren, und dafür eine Abgabe (*pensio*, *canon*) an

[y] L. 10. fam. herc. (10. 2.) L. 1. §. 8. h. t. (43. 18.).

[z] L. 3. §. 3. de nov. op. nunc. (39. 1.).

[a] L. 1. §. 5. de vi et vi arm. (43. 16.).

[b] Tit. P. de superf. (43. 18.). Savigny d. Recht des Besitzes, S. 440. 41.

[c] Arg. L. 7. §. 2. de usufr. (7. 1.) L. 39. §. 5. de legat. I. (30.) L. 1. §. 6. de superf. (43. 18.).

[d] L. 15. qui pot. in pign. (20. 4.).

[e] Hert l. c. Sect. 2. §. 1.

[f] Burmann de vectigal. pop. Rom. c. 6. G. S. Madihn de vera indole agror. vectigalium sec. iuris Rom. doctr. Trai. ad V. 1773.

[g] E. Leoninus ad Tit. D. si ager vect. (Otto Thes. T. 5.). I. I. Beck Tr. de iure emphyt. Norimb. 1739. Buri Lehnrecht. Ed. Runde. 2. Abth. S. 170. fgg. Ayrer de diversit. iuris emphyt. et villar. Goett. 1767. C. Groscurd de iure emphyteutico. Goett. 1803.

[h] Beide Worte sind jetzt gleichbedeutend. Rubr. Tit. P. si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius pet. (6. 3.) L. 15. §. 1.

den Verleiher zu entrichten, erhalten hat. Der Verleiher heifst *dominus emphyteuseos*, der Empfänger *emphyteuta*. Der erste bleibt Eigenthümer der Sache, und der letzte erhält daran nur Nutzungs- und Proprietäts-Rechte als an der Sache eines Andern [*i*]; doch wird ihm natürlich insofern, als er nachher die Sache eigenthümlich an sich bringt, ein wahres *dominium* zugeschrieben [*k*].

§. 630.

Deren Gegenstand.

Der Gegenstand einer Emphyteusis können alle körperlichen, unbeweglichen, cultivirten, oder unbebaueten Sachen seyn, selbst Gebäude, und diese zwar nicht blofs als Nebentheil eines leeren Platzes [*l*], sondern auch als das Hauptsächliche, ungeachtet hier auch eine Superficies denkbar ist [*m*]. An Mobilien läfst sich dieses Recht nicht wohl denken [*n*], wenigstens nicht als ein immerwährendes.

§. 631.

Rechte des Emphyteuta.

Die Rechte des Emphyteuta bestehen darin, A) dafs er den vollen Gebrauch, und die Erzeugnisse der Sache zu fodern, auch zu diesem Zweck über die Substanz der Sache zu schalten befugt ist [*o*]. Accessionen, welche keine Frucht sind, wie der Schatz, erhält er nicht [*p*]. Ferner darf er B) die Ausübung seines Rechts einem Andern überlassen, und dasselbe unter Lebenden, und auf den Todesfall veräufsern [*q*], auch die Sache verpfänden [*r*], nicht aber dieselbe mit eigentlichen Servituten beschweren [*s*].

qui satisd. cog. (2. 8.). C. Krebs de agro vectigali et emphyt. Ultr. 1733.

[*i*] §. 3. I. locat. (3. 25.) L. 1. §. 1. si ager vect. (6. 3.) L. 1. 2. 3. C. de iure emphyt. (4. 66.). Die Praxis gibt ihm ein dominium utile (§. 557.). Noch weiter geht Savigny das Recht des Besitzes. 2. Aufl. §. 8. S. 99—109.

[*k*] L. 4. 9. 10. 12. C. de fundo patrim. (11. 61.) L. 1. 2. C. de fund. rei privat. (11. 65.). Meine Vers. 2. B. S. 93—100.

[*l*] Nov. 7. c. 3. §. 1. Nov. 120. c. 1.

[*m*] A. M. ist Cocceii I. C. L. 6. T. 3. qu. 3.

[*n*] Voet L. 6. T. 3. §. 7.

[*o*] §. 3. I. locat. (3. 25.) L. 1. §. 1. si ager vect. (6. 3.).

[*p*] Buri S. 168. 169. Lauterbach coll. L. 41. T. 1. §. 36. A. M. sind Voet L. 6. T. 3. §. 11. Ayrer l. c. cap. 1. §. 12—14.

[*q*] §. 3. I. cit. L. 3. C. de iure emph. (4. 66.).

[*r*] L. 16. §. ult. de pignor. act. (13. 7.) L. 31. de pignor. (20. 1.).

[*s*] Meine Vers. 2. B. 15. Abh. n. 1. A. M. ist mit Vielen

C) Stirbt er, so wird die Emphyteusis auf seine Intestat-Erben durch alle Grade übertragen [t], worin auch die, von einer Kirche verliehene Emphyteusis jetzt nicht mehr abweicht [u]. Endlich kann er D) sein Recht durch eine *utilis rei vindicatio* und eine *actio publiciana* verfolgen [x], auch sich possessorischer Rechtsmittel nach allgemeinen Grundsätzen (§. 314. fgg.) bedienen [y]. Die *actio communi dividundo* kann jedoch von mehreren, welchen ungetheilt eine Emphyteusis zugefallen ist, nicht angestellt werden, wohl aber können sich Miterben defswegen der Erbtheilungsklage bedienen [z].

§. 632.

Dessen Pflichten.

Der Emphyteuta ist aber auch auf der andern Seite verpflichtet, A) alle, der Sache anhängenden Lasten zu tragen [a], auch B) dieselbe so zu cultiviren, dafs sie wenigstens nicht verschlimmert wird. Die, auf die Cultur gewandten Auslagen kann er also, bey Endigung seines Rechts, nicht vergütet verlangen [b], wohl aber allenfalls die, dem Eigenthümer nützlichen, von ihm freywillig gemachten andern Verwendungen [c]. Ferner mufs er C) jede vorhabende Veräufserung dem Herrn anzeigen, um dessen, ohne gerechten Grund nicht zu verweigernde, Zustimmung zu erhalten [d], auch D) demselben bey dem Verkauf 2 Monate das Vorkaufsrecht lassen [e]. Geschieht E) die Veräufserung wirklich, so mufs der bisherige [f], oder nach der Praxis der neue Emphyteuta [g] sowohl bey

Beck l. c. cap. 9. §. 22. cap. 16. §. 4.

[t] L. 3. C. h. t. (4. 66.) Nov. 120. c. 6.

[u] Vergl. Nov. 7. c. 3. mit Nov. 120. c. 6. Buri S. 178.

[x] L. 12. §. 2. de public. in rem act. (6. 2.) L. 1. §. 1. h. t. (6. 3.).

[y] Savigny d. Recht des Besitzes. S. 439. 440.

[z] L. 9. 10. fam. herc. (10. 2.) L. 7. pr. commun. div. (10. 3.). Glück Comm. 8. B. §. 603.

[a] L. 7. de publican. (39. 4.) L. 2. C. h. t. (4. 66.). Cuiac Obs. L. 1. c. 5. vergl. mit Markart interpr. L. 2. c. 17. §. 2.

[b] L. 2. C. cit. Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 8.

[c] Buri S. 186. Voet L. 6. T. 3. §. 52.

[d] L. 3. C. h. t. (4. 66.). Leyser Sp. 105. m. 2. Buri S. 172. 173. Abweichend sind Meditat. über versch. R. M. 2. B. n. 58.

[e] L. 3. C. cit.

[f] L. 3. C. cit. Buri S. 191 — 193. Ayrer l. c. cap. 1. §. 9.

[g] Carpzov P. 2. C. 39. Def. 33.

einer nothwendigen, als freywilligen Veräufserung [*h*], dem Herrn für dessen Zustimmung ein sogenanntes *Laudemium*, Lehn- oder Handgeld geben, und zwar im Zweifel $\frac{1}{50}$ des bedungenen Preises, oder bey andern Geschäften aufser dem Kauf, des wahren Werths der Sache [*i*], welches jedoch zurückgegeben werden mufs, wenn das Geschäft rückwärts vernichtet [*k*], nicht aber, wenn es auf andre Art aufgehoben wird; wobey denn im letzten Fall, wenn ein neuer Emphyteuta, selbst nach dem Vertrage, eintrit, gleichfalls von demselben ein besonderes Handgeld zu bezahlen ist [*l*]. In allen Fällen, da durch Verträge, Legate u. s. w. ein neuer Emphyteuta an die Stelle des alten trit, ist dieses Handgeld zu erlegen [*m*], nicht aber vom Erben, weil dieser juristisch die Person des Erblassers vorstellt [*n*]. Erhält der Erbe schon unter Lebenden die Sache, so sollte man ihn nicht davon freysprechen [*o*], und eben so wenig dann, wenn ihm bey der Erbtheilung die ganze Emphyteusis zufällt [*p*], wenigstens nicht auf den, von den Miterben auf ihn übertragenen Theil. Endlich mufs F) der Emphyteuta die bedungene jährliche Abgabe (*pensio*, *canon*) als Vergütung [*q*] erlegen, und zwar nicht mehr oder weniger, die Sache mag gebessert oder verschlimmert seyn [*r*].

[*h*] L. 3. C. cit. Buri S. 206. 207. Müller ad Leyser Obs. 250.

[*i*] L. 3. C. cit. G. Franzke Tr. de laudemiis. Col. 1723. I. I. Beck Tr. de iure detract. emigrat. et laudemii. Norimb. 1735. Schilter de bonis laudem. I. I. Beck v. d. Nachsteuer und Handlohn. Bayr. 1781. I. C. C. Schröters Abh. v. d. Lehnwaare, 2. Th. Berl. u. Strals. 1789.

[*k*] Faber in Cod. L. 4. T. 66. Def. 65. Carpzov P. 2. C. 1. Def. 23. C. 39. Def. 13. A. M. ist Buri S. 201—205. Glück Comm. 8. B. §. 614.

[*l*] Glück a. a. O. A. M. ist Walch de retrovend. a laudem. onere lib. §. 10. (op. T. 2.).

[*m*] L. 3. C. h. t. (4. 66.). Franzke l. c. §. 14. fgg.

[*n*] Glück §. 613. Die Praxis verlangt es oft von testamentarischen Erben, welche nicht ab intestato würden geerbt haben. Buri S. 208—210. Ayrer l. c. §. 10. Statute gehen häufig noch weiter. Walch de laudemio a liberis parent. suis success. solv. (op. T. 2.).

[*o*] A. M. ist Faber l. c. Def. 29. 55. 71.

[*p*] H. Brokes de herede fund. laudem. in divis. hered. a laudemio non simpliciter immuni. Ien. 1752. Abweichend sind Viele, besonders Ayrer l. c. §. 10. wegen Nov. 112. c. 1. Aus andern Gründen ist es Glück a. a. O.

[*q*] Buri S. 234.

[*r*] L. 1. C. h. t. (4. 66.) L. 3. C. de alluvion. (7. 41.). Carp-

Nur dann kann er gänzlichen, oder theilweisen Nachlafs fodern, wenn das ganze Object rechtlich für ihn verloren geht [s], wenn der Canon zu den Früchten in Verhältnifs gesetzt ist [t], oder wenn er nach Morgenzahl berechnet werden soll [u]. Mehrere haften wegen des Canons als Correi [x].

§. 633.

II) Erwerbung beider.

Die Superficies und Emphyteusis werden I) erworben 1) durch Verträge; nur mufs zu denselben die Uebergabe hinzukommen [y]. Die Verträge können bey der Superficies ein Kauf, ein Tausch, oder eine Schenkung seyn, oder eine andre Art der Contracte [z]; der Vertrag hingegen, wodurch die Emphyteusis errichtet wird, ist ein eigner sogenannter emphyteutischer Contract [a], woraus in Ansehung der persönlichen Leistungen beider Theile die *actio emphyteuticaria* entspringt [b], und zu dessen Gültigkeit wesentlich erfoderlich ist, dafs er schriftlich, im Zweifel auf Kosten beider Theile [c], errichtet werde [d]. Ferner können beide 2) durch einen letzten Willen, so wie C) durch Verjährung erworben werden, wie unten (§. 1032.) genauer zu zeigen ist.

§. 634.

III) Erlöschen derselben.

Beide gehen dagegen, II) wie es sich von selbst versteht, durch eben die Thatumstände verloren, durch welche nach §. 622. alle Arten der Servituten erlöschen; jedoch in den Fällen, da der Superficiar oder Emphyteuta sich zu Gegenleistungen (einem *solarium* oder *canon*) verpflichtet haben,

zov P. 2. c. 38. Def. 19. 22. Pistor Obs. n. 91.

[s] L. 1. C. h. t. (4. 66.). Meine Vers. 2. B. 15. Abh. n. 3.

[t] Leoninus l. c. ad L. 1. nr. 8. Hofacker T. 2. §. 1048.

[u] Voet L. 6. T. 3. §. 15.

[x] L. 2. C. si unus ex plur. hered. (8. 32.).

[y] L. 31. pr. de A. R. D. (41. 1.).

[z] Lauterbach coll. L. 43. T. 18. §. 10.

[a] L. 1. C. h. t. (4. 66.).

[b] Schmidt Lehrb. v. d. Kl. u. Einr. §. 1007. fgg.

[c] Carpzov P. 2. C. 39. Def. 7. n. 6.

[d] L. 1. 2. 3. C. h. t. (4. 66.) Nov. 120. c. 5. Leoninus l. c. ad Rubr. C. h. t. n. 12. ad L. 1. n. 3. A. M. sind Ayrer l. c. cap. 1. §. 6. Voet L. 6. T. 3. §. 3. Cocceii eod. qu. 3.

nicht durch einseitiges Aufgeben [e]. In Ansehung der Emphyteusis ist das Singulaire, welches also nicht auf die Superficies auszudehnen ist [f], dafs sie noch insbesondere verloren geht 1) durch Verderbung der Sache; wobey jedoch die Verschlimmerung mit der Verbesserung zu compensiren ist [g]. 2) Wenn der Emphyteuta der Kirche zwey, und einem Andern drey Jahre den Canon nicht zahlt [h], es sey nun gar nicht, oder nur zum Theil [i]; doch findet eine *purgatio morae* statt, so weit es allgemeine Grundsätze (§. 104.) erlauben [k]; auch läfst die Praxis hier den Verlust des Rechts nur dann eintreten, wenn der Emphyteuta arglistig, oder aus grober Unachtsamkeit die Zahlung versäumt hat [l]. 3) Wenn er drey Jahre die öffentlichen Abgaben nicht abgetragen [m]; ferner 4) wenn er die Sache einseitig veräufsert und übergeben [n], und endlich, 5) wenn er bey der Veräufserung arglistig das, was ihm geboten ist, verheimlicht hat [o]. In allen diesen Fällen darf aber natürlich der Herr der Emphyteuta nicht einseitig vertreiben, sondern er mufs die, auch seinem Erben nicht abzusprechende [p] Privations-Klage förmlich an-

[e] L. 3. C. de fund. patrim. (11. 61.). G. F. Krause de renunciat. emphyt. invito domino invalida. Vit. 1761. Medit. über versch. R. M. 2. B. n. 70. Abweichend sind Schilter Ex. 16. §. 18. Faber l. c. Def. 11. 20. Ayrer §. 18. Buri S. 222—224. Glück §. 616.

[f] Leyser Sp. 509. m. 5.

[g] Nov. 120. c. 8. vergl. mit L. 13. §. 5. de usufr. (7. 1.). Meine Vers. 2. B. 15. Abh. n. 2.

[h] L. 2. C. h. t. (4. 66.) Nov. 7. c. 2. §. 3.

[i] S. oben §. 106. Voet L. 6. T. 3. §. 37. Carpzov P. 2. C. 38. Def. 4. Abweichend sind Buri S. 232—36. Ayrer §. 20. Leyser Sp. 103. m. 7. 8. Müller Obs. 249.

[k] Cap. 4. X. de locato conduct. (3. 18). Ueber die Ideen Anderer: Leyser Sp. 103. m. 6. und Müller Obs. 248. Glück §. 606.

[l] Leyser Sp. 103. m. 5. 7.

[m] L. 2. C. h. t. (4. 66.). Grass de reditu domin. legal. §. 44. Ueber deren Nichtgebrauch s. Wernher lect. c. L. 6. T. 3. §. 10.

[n] L. 3. C. eod. vergl. mit Leoninus l. c. ad L. 3. n. 2. Buri S. 174. fgg. Ayrer §. 18.

[o] Vergl. den Schlufs der L. 3. C. cit. mit dem vorhergehenden: praedicere — — revera accipi potest. Grass l. c. §. 47. Noch manche andre, irrig von den Alten angenommene Fälle s. bey Grass §. 50. Voet l. c. §. 49. 50.

[p] Emminghaus ad Cocceii L. 6. T. 3. qu. 8. not. n. A. M. ist Höpfner Comm. §. 902. n. 3.

stellen [q]. Dabey lassen aber die Gesetze [r] unbestimmt, von welchem Augenblick die Verwirkung gerechnet werden soll. Da ohne Erklärung des Herrn die Verwirkung nie eintrit, so scheint auch allein von derselben an die Verwirkung gerechnet werden zu müssen [s]. — Uebrigens kann man in Ansehung der Frage: welche natürlichen und bürgerlichen Früchte dem Emphyteuta und Superficiar im Augenblick des Erlöschens ihres Rechts gehören? nach der ganzen Analogie keine andern, als die, in Ansehung des Nutzniefsers oben (§. 613.) aufgestellten Grundsätze annehmen [t]. Nur darin ist ein Unterschied, dafs der Emphyteuta schon durch blofse Separation (§. 268.) die Früchte erwirbt [*].

Viertes Capitel.

Ueber das Pfandrecht.

§. 635.

I) Einleitung. Zu den, gewöhnlich [**] dinglichen Rechten an der Sache eines Andern, welche keine Nutzungs-, sondern nur Proprietäts-Rechte ertheilen, gehört das Pfandrecht [u], worunter man das, einem Gläubiger eingeräumte Recht versteht, sich zur Sicherheit seiner Foderung an eine Sache halten, und dieselbe auf den Fall, dafs er nicht befriedigt werden sollte, veräufsern zu dürfen, um sich durch den eingehobenen Preis bezahlt zu machen [x].

[q] Voet l. c. §. 51. A. M. ist zum Theil Leoninus l. c. ad L. 2. n. 10.

[r] L. 2. 3. C. h. t. (4. 66.) Nov. 7. c. 3. §. 2. Nov. 120. c. 8.

[s] Ueber die verschiedenen Ideen unsrer Juristen s. Voet §. 41. 46. Grass §. 43. n. 14—20. §. 45. n. 4—8. Wernher l. c. §. 8. Glück §. 616. S. 545. 546.

[t] A. M. ist Hofacker T. 2. §. 1066. Allein man lasse nur ab von dem ersonnenen Princip: der Emphyteuta hat ein dominium.

[*] L. 25. §. 1. in f. de usur. (22. 1.).

[**] Eine Ausnahme macht die Verpfändung einer Personal-Foderung. A. M. ist F. Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifsw. 1812. §. 5. 6.

[u] S. überh. H. Donellus de pignor. et hypoth. (op.). F. Balduinus Tract. de eod. arg. (Heineccii iur. Rom. et Att. T. 1.). A. Neguzantius de eod. arg. (in 4. u. 8.). R. Bachov de eod. arg. Frkf. 1627. 1656. J. H. C. Erxleben principia de iure pign. et hyp. Goett. 1779. E. C. Westphal Erl. d. Röm. Gesetze vom Pfandrecht. Leipz. 1770. 1794.

[x] L. 4. de pignorat. act. (13. 7.).

§. 636.

Accessorische Natur des P. R.

Das Pfandrecht ist seiner Natur nach ein accessorisches Recht, dessen Wirkungen von der Wirkung der Hauptverbindlichkeit abhängen. Ist diese vollgültig, so nimt es Theil an dieser Eigenschaft; ist sie beschränkt, so findet wegen desselben gleichfalls nur diese beschränkte Rechtsverfolgung statt: ist sie endlich vernichtet, so ist auch das Pfandrecht als solches in der Regel ungültig [y]. Selbst das wissentlich übergebene Pfand kann im letzten Fall zurückgefodert werden [z].

§. 637.

Faustpfand, Hypothek.

Das Pfandrecht kann Jemandem auf doppelte Art ertheilt werden, entweder so, daſs er zugleich den Besitz der Sache erhält, oder nicht. In jenem Fall nennt man es Faustpfand (*pignus s. str.*), in diesem hingegen Hypothek [a]. Beide stimmen darin überein, daſs sie ein, zur Sicherheit dienendes dingliches Recht sind [b]; das Faustpfand aber hat im Wesentlichen das Eigenthümliche, daſs es die Vortheile und Lasten des Besitzes, und die Verpflichtung zum Fleiſs auf den Gläubiger überträgt [c].

§. 638.

Allgemeines, besonderes P. R.

In Rücksicht des Umfangs ist das Pfandrecht entweder ein allgemeines (*generale*), oder besonderes (*speciale*), je nachdem es dem Gläubiger auf das ganze Vermögen einer Person, oder nur auf einzelne Sachen zusteht. Das erste, welches auch im Zweifel in der Verpfändungs-Formel: meine Mobilien und Immobilien, zu suchen ist [d], erstreckt sich über das ganze gegenwärtige und künftige,

[y] L. 9. §. 1. 3. 4. 5. de pignor. act. (13. 7.) L. 5. de pignor. (20. 1.) L. 9. pr. ad SCt. Maced. (14. 6.) L. 11. C. de usuris (4. 32.). Voet L. 20. T. 1. §. 19. Weber von der nat. Verb. §. 107. 108.

[z] L. 53. 25. h. t. (20. 1.). A. M. ist Weber a. a. O. §. 104. Glück Comm. 14. B. §. 864.

[a] L. 9. §. 1. 2. de pignor. act. (13. 7.) L. 5. §. 1. de pignor. (20. 1.) §. 7. I. de act. (4. 6.). Ohne Grund weicht ab Walch ius contr. p. 417.

[b] L. 5. §. 1. de pignor. (20. 1.).

[c] S. oben §. 295. I. H. Boehmer de diverso pignor. et hypoth. iure. Hal. 1718. (Exerc. T. 3.).

[d] Erxleben §. 144. Lauterbach coll. L. 20. T. 1. §. 23.

körperliche und unkörperliche, dem Schuldner eigne Activ-Vermögen [*e*], mit Ausnahme der, unter Zustimmung des Gläubigers davon veräusserten, und nachher wieder vom Schuldner erworbenen Sachen [*f*]; auch wird bey dem, vertragsmäsig ertheilten allgemeinen Pfandrecht vermuthet, daſs der Verpfänder das, zu seiner Erhaltung dienende Geräth, und alles, wobey besondere Affectionen stattfinden, ausgenommen habe [*g*]; wiewohl der Gläubiger, wenn er sonst nicht befriedigt werden kann, auch diese Sachen, sofern nicht einem Andern dingliche Rechte daran ertheilt sind, zum Object der Execution machen darf [*h*]. Das besondere Pfandrecht haftet dagegen nur auf den individuellen Sachen, und nicht auf dem, was der Schuldner an ihrer Stelle wieder einnimt. Auch das Pfandrecht an einer *universitas facti* (§. 262.), welches manche *secundum quid generale* nennen, ist nur ein specielles, und es treten hier also (nach §. 262.) die Surrogate nicht an die Stelle der speciell verpfändeten Sache. Nur bey einer *universitas* von Sklaven, bey Heerden und Waarenlagern finden, weil hier Tausch und Wechsel unvermeidlich ist, besondere Ausnahmen statt [*i*], woraus sich aber keine Regel bilden läſst [*k*]. Im Uebrigen haben das allgemeine und besondere Pfandrecht, selbst in der Collision, gleiche Wirksamkeit [*l*]; doch kann man insofern wohl dem letzten den Vorrang geben, als dieſs dem ersten nicht schadet [*].

[*e*] L. 34. §. 2. de pignor. (20. 1.) L. 9. C. quae res pignori (8. 17.). I. N. Hert de different. pignor. general. et special. (Op. V. 2. T. 2.).

[*f*] L. ult. C. de remiss. pignor. (8. 26.).

[*g*] L. 6. 7. 8. de pignor. (20. 1.). Voet L. 20. T. 2. §. 4. Cocceii eod. qu. 11. Huber prael. L. 20. T. 2. §. 1. Auch auf das allg. gesetzliche Pf. R. dehnt dieſs aus F. Meiſsner vollst. Darst. d. Lehre v. stillschw. Pf. R. Leipz. 1803. §. 30. und auf das testamentarische: Musset de iure pignor. legato. Spec. 1. Heildelb. 1810.

[*h*] Huber prael. L. 20. T. 1. §. 24. Westphal §. 37.

[*i*] L. 13. pr. L. 34. pr. de pignor. (20. 1.) L. 9. in quib. causs. pign. (20. 2.).

[*k*] Bachov L. 1. c. 5. n. 3. Voet L. 20. T. 1. §. 14. A. M. ist Leyser Spec. 223. m. 6. Sp. 224. m. 6.

[*l*] L. 2. L. 7. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 6. C. eod. (8. 18.). Wordenhof de concursu hyp. gen. cum spec. (Oelrichs Th. nov. Vol. 1. T. 2.).

[*] L. 47. pr. de iure fisci (49. 14.) L. 2. C. de pignor. (8. 14.). F. Alef de viribus hypothecae generalis. Heidelb. 1762.

§. 639.

Verbindung beider.

Zuweilen kann der Fall eintreten, daſs beides verbunden, und dem Gläubiger, neben dem allgemeinen, noch ein besonderes Pfandrecht auf ein einzelnes Stück derselben Masse gegeben wird. Der Sinn und die Folge hievon ist dann, daſs der Gläubiger, wenn er kein Variations-Recht bedungen hat [*m*], sich auf Verlangen des Besitzers zuvörderst an das besondere Pfand halten muſs; jedoch nur, wenn der Besitzer der Verpfänder selbst [*n*], oder ein andrer Pfandgläubiger ist [*o*], nicht aber, wenn er bloſs als dritter Besitzer belangt wird [*p*].

§. 640.

II) Entstehung des P. R. 1) Willkührliches.

Bevor die Natur des Pfandrechts genauer entwickelt wird, müssen die verschiedenen Entstehungsarten desselben gezeigt werden. Man unterscheide hier die Hauptfälle: I) es entsteht mit Zustimmung desjenigen, dessen Vermögen verhaftet werden soll. Dann nennt man es das willkührliche (*voluntarium*), und zwar vertragsmäſsige (*conventionale*), oder testamentarische, je nachdem der Grund in einem Vertrage (welcher beym Faustpfande *contractus pignoratitius*, bey der Hypothek *pactum hypothecae* heiſst) [*q*], oder Testamente liegt [*r*]. In beiden Fällen kann es ausdrücklich, oder stillschweigend durch concludente Handlungen ertheilt werden [*s*]. Ist jenes, so nennt man es das ausdrückliche (*expressum*); ist dieses, so nennt man

[*m*] Hofacker T. 2. §. 1191.

[*n*] L. 9. C. de distract. pign. (8. 28.). Müller ad Leyser Obs. 454. 455. Webers Beytr. z. stillschw. Conv. P. R. n. 2. (auch in dessen Versuchen 1. B. S. 177. fgg.).

[*o*] L. 2. C. de pignor. (8. 14.).

[*p*] C. Rechenberg creditoris hyp. aequale ius in bonis debitoris generaliter et specialiter obligatis. Lips. 1729. Neguzantius de pignor. Memb. 1. P. 8. n. 9.

[*q*] Das pactum hypothecae ist ein prätorisches, und eine der Ausnahmen, da ein Vertrag ohne Uebergabe dingliche Rechte erzeugt. L. 17. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 3. de pignor. (20. 1.).

[*r*] Im Wesentlichen läugnet das testamentarium Meiſsner v. stillschw. Pf. R. §. 178. 185. S. darüber besonders Musset de iure pign. legato. Spec. 1. 2. Heidelb. 1810. 1811.

[*s*] Ein Beyspiel eines taciti conventionalis enthält L. 5. C. locat. cond. (4. 65.), worüber besonders nachzusehen Weber a. a. O. n. 1. (Vers. 1. B. S. 79. fgg.). Donell de pign. c. 4. Bachov L. 1. c. 12. n. 4.

es das stillschweigende (*tacitum*) vertragsmäfsige, oder testamentarische Pfandrecht. Was zur Gültigkeit des Pfandvertrags gehöre? und wann eine stillschweigende Verpfändung [*t*] anzunehmen sey? mufs durchaus nach allgemeinen Grundsätzen (§. 131—153.) entschieden werden. Entsteht II) das Pfandrecht ohne Willen des Pfandschuldners, so heifst es das nothwendige (*necessarium*). Dahin gehört 1) das, durch Verjährung erworbene, wenn man überhaupt ein solches annimt [*u*]. 2) Das Pfandrecht dessen, welchen der Richter zu seiner Sicherheit in die Güter eines Andern einweiset, welches man das prätorische nennt; und endlich 3) jeder Fall, da das Gesetz, ohne die bisherigen Voraussetzungen, durch andre Thatumstände geradezu ein Pfandrecht eintreten läfst. Die Römer nennen diefs auch *tacitum*, die Neueren gewöhnlich ein gesetzliches (*legale*).

§. 641.

2) Nothwendiges. A) Richterliches.

Das, jetzt auch mit einer dinglichen Klage verknüpfte prätorische Pfandrecht [*x*] trit bey jeder, wirklich erfolgenden gerichtlichen Immission in fremde Güter als solche ein [*y*]; also nicht durch blofse Anlegung eines Arrests [*z*], oder wenn die Immission das Eigenthum ertheilt [*a*], sondern nur in folgenden Fällen, nämlich wenn sie erfolgt 1) wegen nicht geleisteter *cautio de damno infecto ex primo decreto* [*b*]; 2) wegen Ungehorsams, oder Abwesenheit im Procefs [*c*], oder 3) wenn Jemand aufser dem Procefs obrigkeitlichen Befehlen nicht folgen will [*d*]. Ferner 4) wie in der Lehre vom

[*t*] Viele, zum Theil sehr problematische Beyspiele hat Hert de pignor. convent. tacito (op. V. 2. T. 3.). Meifsner a. a. O. §. 2—14.

[*u*] S. davon unten §. 1032.

[*x*] L. 1. C. si in causs. iudic. pign. (8. 23.).

[*y*] L. 26. de pignor. act. (13. 7.). C. W. Küstner de ritu pignor. capiend. ap. vet. Rom. Diss. 1. 2. Lips. 1741. 1742. F. Alef de pignore praetorio. Heidelb. 1739. L. C. Schroeder op. de natura et effect. pign. praet. et iudic. Marb. 1751. Happel die Rechte d. Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. Giefs. 1803. S. 31—53. 62—74.

[*z*] Struben 3. B. 12. Bed. a. E.

[*a*] L. 30. §. 2. de acquir. vel am. poss. (41. 2.).

[*b*] S. oben §. 588.

[*c*] S. davon den Procefs.

[*d*] §. 3. I. de satisd. tutor. (1. 24.).

Erbrecht näher zu zeigen ist, bey der *inmissio legatorum servandorum caussa* [e], so wie 5) bey der *inmissio ventris nomine* [f]. Endlich 6) wenn persönliche Klagen durch Inmission vollstreckt werden [g]. Das, durch die letzte Art der Inmission ertheilte prätorische Pfandrecht nennt man vorzugsweise *iudiciale*, und setzt demselben die übrigen, vorhin genannten Arten des richterlichen Pfandrechts unter dem Namen *pignus praetorium s. str.* entgegen, eine Eintheilung, welche sich zwar nicht als unvernünftig [h], wohl aber als unnütz bestreiten läſst, da die angeblich [i] charakteristischen Unterschiede beider als solche gar nicht existiren [k].

§. 642.

B) Gesetzliches. a) Besonderes.

Die gesetzlichen Pfandrechte [l] sind zwiefach, nämlich besondere, und allgemeine; auch kann ein Pfandrecht nach Umständen ein besonderes, oder ein allgemeines seyn, in welchem Fall man es ein vermischtes nennen kann. Ein besonderes hat I) jeder, welcher Geld [m], zur Wiederherstellung eines, vorhin vernichteten Gebäudes [n], mit Wissen des Bauherrn [o], herlieh, an dem Gebäude und dessen Boden [p], jedoch

[e] L. 3. 5. 6. C. ut legat. vel fideic. serv. c. (6. 54.).

[f] L. 7. pr. de ventre in poss. mittendo (37. 9.).

[g] S. davon die Lehre v. d. Execution im Proceſs.

[h] Bachov l. c. L. 1. c. 3. A. M. ist Donellus de pignor. c. 5. et ad L. 2. C. de praet. pign.

[i] S. L. van de Graaf de pignor. praet. Ultrai. 1704. c. 1. Boehmer I. D. L. 20. T. 1. §. 1. Bachov L. 4. c. 7. Cuiac Obs. L. 5. c. 30.

[k] Savigny das Recht des Besitzes. 2. Aufl. S. 268. not. 2. S. 275. Voet L. 20. T. 4. §. 28.

[l] W. A. Lauterbach de tacito pignore. Tub. 1663. C. G. Hommel de pignore ex lege constituto. Viteb. 1777. Idem de pignore tacito. ibid. 1780. I. T. Seger histor. iur. civ. de pignore tacite contracto. Lips. 1772. F. A. Meiſsner Darst. d. Lehre vom stillschw. Pf. R. 2. Bde. Leipz. 1803.

[m] L. 1. h. t. (20. 2.). Pufendorf T. 2. Obs. 170. G. L. Boehmer de mercede opificum in concursu creditor. (elect. T. 1. n. 12.) §. 11. 12. C. F. Walch de pecunia in refect. aedium credita (opusc. Vol. 3.) §. 6. Meiſsner §. 77. a.

[n] L. 1. cit. Schulting Th. contr. Dec. 76. n. 7. Meiſsner §. 78.

[o] L. 1. cit. Frister de privilegio creditorum personali. Goett. 1804. cap. 2. §. 9. Meiſsner §. 79. 80. A. M. ist Walch cap. 2. §. 7.

[p] Meiſsner §. 81. 82.

nur insofern, als die Verwendung des Anlehns zu diesem Zweck erfolgt [q]. Diejenigen, welche zur Ausbesserung oder Erhaltung eines Hauses, oder einer andern Sache irgend etwas wirksam herliehen, haben zwar wohl ein privilegirtes Pfand, aber nur, insofern sie sich ein Pfandrecht bedungen, oder ein solches aus andern Gründen haben [r], und hier ist es denn einerley, ob das Anlehn in Geld, Diensten, oder andern Sachen bestand [s]. II) An einer *militia*, d. h. einer verkäuflichen und vererblichen Hofbedienung, erlangt man ein gesetzliches Pfandrecht, wenn man zur Anschaffung derselben etwas wirksam leihet [t]. Jetzt fällt aber dieses Pfandrecht mit seinem Gegenstande weg [u]. Wer zur Anschaffung einer unbeweglichen Sache etwas leihet (welchem denn auch derjenige gleich ist, welcher den Preis eines verkauften Grundstücks creditirt [x]), oder zur Erbauung eines Hauses etwas hergibt, hat nicht jene Rechte des Anleihers zum Ankauf einer *militia*, sondern blofs ein privilegirtes Pfand, wenn er sich ein Pfandrecht bedingt [y]. Dasselbe gilt vom Anlehn zur Anschaffung, oder Erbauung eines Schiffs [z]. Ferner geben III) die Gesetze [a] dem Verpachter eines *praedii rustici*, d. h. eines, in der Hauptsache zur Fruchterwerbung bestimmten Grundstücks, so wie dem Vermiether eines *praedii urbani*, d. h. eines, zum blofsen

[q] Nov. 97. c. 3. Walch c. 2. §. 4. Frister c. 2. §. 9.

[r] L. 5. 6. qui pot. in pign. (20. 4.). Ueber die verschiedenen Ideen, welche denn auch noch das privilegium exigendi betreffen, s. Cuiac ad L. 7. qui pot. in pign. Carpzov P. 1. c. 28. Def. 105. W. A. Lauterbach de privilegio creditor. personali simplici. §. 27. 28. Erxleben de iur. p. §. 83. 235. Dabelow v. Conc. 2. Aufl. S. 225—229. Meifsner §. 84.

[s] L. 5. 6. cit. I. M. Beust de iure praelation. creditor. L. 1. c. 29.

[t] L. ult. C. de pignor. (8. 14.) vergl. mit Nov. 53. c. 5. Nov. 97. c. 4. I. C. Koch de pecunia ad emendum credita. Giess. 1780. §. 14. A. M. sind Viele. S. Hofacker T. 2. §. 1213. Dabelow l. c. S. 249—251.

[u] Koch l. c. Dabelow S. 619. 620. Happel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder, S. 133—148.

[x] Gmelin v. d. Rangordn. d. Gl. 3. Cap. §. 4. not. a.

[y] L. 5. §. 17. de tribut. act. (14. 4.) L. 66. de V. S. (50. 16.) L. 17. C. de pignor. (8. 14.) L. 7. C. qui pot. in pign. (8. 18.) Nov. 97. c. 3. Koch l. c. §. 13. Gmelin l. c. cap. 3. §. 4. cap. 5. §. 5. Frister l. c. cap. 2. §. 10.

[z] Nov. 97. c. 3. Gmelin a. a. O.

[a] Für ein tacitum conventionale hält es Bachov L. 1. c. 12. n. 12.

Gebrauch bestimmten Gebäudes oder Grundstücks [*b*], ein Pfandrecht, und zwar jenem, wenn nicht mehr verabredet ist, nur an den Früchten der Sache vom Augenblick der Perception derselben [*c*], diesem, an den, vom Miethsmann zum beständigen Gebrauch [*d*] eingebrachten Sachen vom Augenblick der Illation [*e*], jedoch nur wegen der, aus dem Contract entspringenden Foderungen [*f*]. Gibt der Pachter die Sache in Afterpacht, so sind dem ersten Verpachter dennoch die Früchte unbedingt, hingegen dem ersten Vermiether, wenn die Sache in Aftermiethe gegeben ward, die Illaten des Aftermiethers nur bis auf die Summe des Aftermiethzinses verpfändet [*g*]. Der Aftervermiether hat aber auch selbst gegen den Aftermiether ein Pfandrecht [*h*], nicht aber der Afterverpachter gegen den Afterpachter [*i*]. Uebrigens darf man auch dieses Pfandrecht auf andre Personen nicht ausdehnen [*k*]. Endlich haben IV) Pupillen an der, mit ihrem Gelde wirklich einseitig erkauften Sache ein gesetzliches Pfandrecht [*l*], und, wenn der Vormund Käufer war, selbst die Eigenthumsklage [*m*]. Irrig setzen Manche noch V) diejenigen hieher, welche

[*b*] L. 3. L. 4. §. 1. h. t. (20. 2.). Weber Vers. I. B. II. n. 1. §. 1. Meiſsner §. 60.

[*c*] L. 7. pr. h. t. (20. 2.) L. 24. §. 1. L. 53. locat. (19. 2.) L. 5. C. eod. (4. 65.). Weber §. 2. fgg. Meiſsner §. 71. 73.

[*d*] L. 32. in f. de pignor. (20. 1.) L. 7. §. 1. h. t. (20. 2.); also nicht an Obligationen, Neguzantius P. 2. m. 4. n. 152. und bey Waarenlagern nur am Ganzen, L. 34. pr. de pign. (20. 1.) L. 21. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.). Pufendorf T. 2. Obs. 29. Meiſsner §. 63.

[*e*] L. 2. L. 3. L. 4. L. 5. pr. L. 6. L. 7. §. 1. L. 9. h. t. (20. 2.) L. 14. §. 1. de religios. (11. 7.) L. 11. §. 5. de pign. act. (13. 7.) L. 7. C. h. t. (8. 15.) L. 5. C. de locat. (4. 65.). Voirhage de tacito pignore locator. Arg. 1757.

[*f*] L. 2. h. t. (20. 2.). Struben 3. B. 12. Bed. Meiſsner §. 62.

[*g*] L. 24. §. 1. locat. (19. 2.) L. 11. §. 5. de pign. act. (13. 7.). Voet L. 20. T. 2. §. 7. Pufendorf T. 2. Obs. 28. A. M. sind Perez in Cod. L. 8. T. 15. n. 3. Erxleben §. 90.

[*h*] S. not. e. Meiſsner §. 69.

[*i*] L. 24. §. 1. L. 53. locat. (19. 2.) L. 7. pr. h. t. (20. 2.). Meiſsner l. c.

[*k*] Meiſsner §. 74. b. A. M. ist C. H. Geisler de hypoth. tac. domini ex caussa canonis emphyteutici. Erl. 1778.

[*l*] L. 7. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 3. de reb. eor. (27. 9.) L. 2. quando ex facto tut. (26. 9.) L. 6. C. de servo pignor. (7. 8.). Meiſsner §. 85 — 91.

[*m*] S. oben §. 566.

Grundzinsen zu fodern haben [n], so wie VI) den Fiscus in Ansehung der, von seinem Contrahenten nach dem Contract erworbenen Güter [o].

§. 643.

B) Allgemeines.

Ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht hat I) der Fiscus und dessen Cessionar, dem man jetzt auch Stadt-Aerare häufig gleichsetzt [p], wegen rückständiger Abgaben vom Augenblick der Auflage derselben [q], so wie II) an dem Vermögen derer, welche mit ihm, oder seinem Vorgänger contrahirten; jedoch im letzten Fall erst vom Augenblick der Uebertragung des Rechts [r]. III) Die wahre und putative Ehefrau, oder wer sonst statt deren die Rückgabe fodern kann, wegen der Brautgabe und deren Vermehrung [s], und wegen der *donatio propter nuptias* und der Paraphernalien; jedoch eigentlich wegen der letzten nur, wenn sie in baarem Gelde bestehen [t]. Es haben diese Rechte aber nur orthodoxe christliche Ehefrauen, also nicht Jüdinnen [u], auch nicht die Braut [x]. Wegen der Brautgabe fängt diefs Pfandrecht mit der Ehe, wegen der Vermehrung derselben, und der Paraphernalien aber erst mit der Illation, und wegen der *donatio propter nuptias* erst mit Aussetzung derselben an [y]. IV) Der

[n] Westphal §. 101. Müller ad Leyser Obs. 448.

[o] S. unten §. 657.

[p] Erxleben §. 69. Meifsner §. 94. 95.

[q] L. 28. L. 45. §. 9. L. 47. pr. de iure fisci (49. 14.) L. 5. §. 3. de censib. (49. 15.) L. 2. 3. 6. 7. C. de priv. fisci (7. 73.) L. 2. C. de his qui in prior. cred. loc. (8. 19.) L. 1. C. si propt. publ. pensit. (4. 46.) L. 1. C. de conven. fisci debit. (10. 2.) zum Theil a. M. ist Meifsner §. 109.

[r] L. 1. 2. C. h. t. (8. 15.) L. 6. de iure fisci (49. 14.). A. M. ist Happel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. Giefs. 1802. S. 179 — 193.

[s] L. 30. C. de iure dot. (5. 12.) L. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (5. 13.) Nov. 97. c. 2.

[t] L. 11. C. de pact. conv. (5. 14.) L. 19. C. de donat. ante nupt. (5. 3.) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.) Nov. 109. c. 1. I. E. Emminghaus de pignore legali quod uxori propter bona paraphernal. in bon. mariti competit. Ien. 1788. Meifsner §. 163 — 168.

[u] Nov. 109. c. 1. Meifsner §. 158. 159. Struben 3. B. 68. Bed. Pufendorf T. 1. Obs. 208. A. M. sind Köchy Medit. 1. B. n. 7. Dabelow v. Concurs S. 245 — 249.

[x] Hofacker T. 2. §. 1181. vergl. mit Dabelow S. 243 — 245.

[y] S. vorhin not. s. t.

Ehemann an den Gütern dessen, welcher ihm ein Heirathsgut versprach [z]. V) Die Kinder an dem Vermögen 1) ihres Vaters, sofern er die, ihnen von mütterlichen Ascendenten zugefallenen Güter administrirt [a]; 2) an dem Vermögen ihrer leiblichen Aeltern, wegen der, durch Eingehung einer zweyten Ehe von denselben verwirkten Güter [b]; und 3) am Vermögen ihres Stiefvaters, wenn ihre Mutter zur zweyten Ehe schritt, ohne vorher Vormundschaftsrechnung abzulegen [c]. VI) Pupillen, Minderjährige und Wahnsinnige, und deren Erben, an dem Vermögen der Vormünder und Protutoren (nicht des Magistrats), wegen der, aus der Administration derselben entstehenden Foderungen, vom Augenblick der Uebertragung der Vormundschaft [d]. Die Praxis dehnt diess jetzt auf alle Curanden [e], ja sogar auf Administratoren der Städte, der Kirchen und milden Stiftungen aus [f]. VII) Die Kirche an dem Vermögen ihres Emphyteuta, wenn dieser die Emphyteusis verwüstet [g].

§. 644.

c) Vermischtes.

Ein vermischtes Pfandrecht (je nachdem nämlich der Beschwerte Universalerbe ist, oder nicht) haben Legatare wegen der Zahlung der Legate gegen den Beschwerten an dem Vermögenstheil, welchen derselbe vom Erblasser erhielt, und zwar gegen

[z] L. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (5. 13.). Meissner §. 140—148.

[a] L. 8. §. 5. C. de sec. nupt. (5. 9.) L. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Hellfeld de divers. pign. iur. lib. in parent. bon. comp. (in opusc.). Müller ad Leyser Obs. 458. Meissner §. 123—139.

[b] L. 6. §. 2. 3. L. 8. §. 4. C. de sec. nupt. (5. 9.).

[c] L. 6. C. h. t. (8. 15.).

[d] L. un. §. 1. C. de rei uxor. act. (5. 13.) L. 5. C. de legit. tutor. (5. 30.) L. 2. C. quando mulier tutel. offic. (5. 35.) L. 20. C. de admin. tut. (5. 37.) L. ult. §. 5. 6. C. de curat. furios. (5. 70.) L. 6. C. h. t. (8. 15.) Nov. 22. c. 40. Nov. 118. c. 5. in fin. Müller ad Leyser Obs. 460. H. Brokes de tacita pupilli hypotheca per mutuum non exspirante. Jen. 1750. Meissner §. 112—122.

[e] Hofacker T. 2. §. 1183. Dabelow v. Concurs S. 217. 218. 234. 235. 627. not. 5.

[f] Müller ad Leyser Obs. 464. Hellfeld iur. for. §. 1080.

[g] Nov. 7. c. 3. §. 2. Auf alle Emphyteusen erstreckt diess Buri ed. Runde 2. B. S. 248. Ganz läugnet es Meissner §. 198.

mehrere *pro rata* [*h*], welches Pfandrecht nie eher, als in dem Augenblick der Entstehung der Pflichten des Beschwerten anfängt [*i*], und auch gegen Dritte wirkt [*k*]. — Fideicommiſs-Erben haben es nur in Einem Fall [*l*], woraus aber viele eine Regel bilden [*m*]. — Uebrigens gibt es, auſser den bisher genannten, keine weiteren gesetzlichen Pfandrechte [*n*].

§. 645.

Allgemeine Regeln. In Ansehung der, bisher genannten Erwerbungsarten sind zum Beschluſs noch folgende allgemeine Bemerkungen wichtig, nämlich A) daſs der Entstehungsgrund gesetzmäſsig seyn muſs. Es müssen daher bey der vertragsmäſsigen Errichtung alle, zur Veräuſserung der Sache nöthigen Solennien beobachtet werden, welche natürlich bey dem gesetzlichen Pfandrecht wegfallen [*o*]. Ferner muſs B) das Object der Verpfändung fähig seyn. Unfähig sind alle Sachen dazu, soweit sie nicht veräuſsert werden dürfen; im Uebrigen können alle Arten körperlicher und unkörperlicher Sachen Gegenstand des Pfandrechts seyn [*p*]. Daher werden denn keinem, selbst keinem gesetzlichen Pfandrecht unterworfen, a) alle Sachen, welche auf eine solche Art für unveräuſserlich erklärt sind, daſs die Veräuſserung derselben nach dem Obigen (§. 584.) nichtig ist [*q*]. Ferner b) alle Sachen insoweit, als sie dem nicht gehören, dessen Vermögen verhaftet werden soll [*r*]. Es

[*h*] L. 1. C. commun. de leg. (6. 43.). Meiſsner §. 182. 183.

[*i*] Meiſsner §. 185. Musset de iure pign. leg. Spec. 2. Heidelb. 1811.

[*k*] Nov. 108. c. 2. Meiſsner §. 184. A. M. ist Faber error. pragm. Dec. 48. Er. 9.

[*l*] Nov. 108. c. 2. Gmelin v. d. Rangordn. d. Gl. 4. Cap. §. 27. Meiſsner §. 178 — 181.

[*m*] Dabelow v. Concurs. S. 237 — 239.

[*n*] F. C. Harprecht trutina xx pignorum tacitorum, vel indubie spuriorum, vel summe dubiorum. Tub. 1705. Lauterbach coll. L. 20. T. 2. §. 126. fgg. Meiſsner §. 189 — 202.

[*o*] L. 2. L. 3. § 1. de reb. eor. qui sub tutel. (27. 9.). Westphal Pfandr. §. 126.

[*p*] L. 11 — 16. de pignor. (20. 1.) L. 4. C. quae res pignori oblig. (8. 17.). Struben 3. B. 10. Bed. Nach L. 14 §. 1. de re milit. (49. 16.) L. 7. 8. C. h. t. (8. 17.) gehören auch dahin die Waffen eines Soldaten, und die Ackergeräthe der Landleute. Ueber den heutigen Gebrauch der letzten Vorschrift s. Lauterbach coll. L. 20. T. 2. §. 5. 6. Stryk eod. §. 5.

[*q*] L. 7. C. de reb. alien. non alienand. (4. 51.). Meiſsner §. 31. fgg. §. 63.

[*r*] L. 4. de fund. dotal. (23. 5.).

treten hier also ganz die, in Rücksicht der Verfügung über fremde Güter aufgestellten allgemeinen Grundsätze (§. 159.) ein; nur ist hier noch das Besondere zu bemerken, daſs, wenn fremde Güter ungültig als solche verpfändet sind, die Verpfändung convalescirt, wenn der Verpfänder in der Folge das Eigenthum der Sache erwirbt, und der Pfandgläubiger in gutem Glauben war [*s*]. Befand sich dieser in bösem Glauben, so erhält er bloſs ein Retentions-Recht [*t*]. Ueber den Fall hingegen, wenn der Eigenthümer Nachfolger des Verpfänders wird, widerstreiten sich die Gesetze [*u*]. Aus eben jenen allgemeinen Gründen kann denn auch eine errichtete, und zwar dingliche [*x*] Servitut nicht abgesondert als Pfand einseitig abgetreten, wohl aber eine *servitus rustica* als Pfand ertheilt werden [*y*].

§. 646.

III) Folgen des P. R. 1) Dessen Umfang.

Das Pfandrecht steht dem Gläubiger nicht bloſs wegen der Hauptschuld, sondern auch wegen der Verzugszinsen, wegen der, ihm verursachten Proceſs-Kosten, und von ihm auf die Sache gewandten nothwendigen Auslagen, so wie wegen der, ihm bey Errichtung des Pfandes versprochenen Zinsen zu. Was von diesen Zinsen gilt, gilt auch in Betreff der Conventional-Strafe [*z*]. Dabey erstreckt sich sein Recht auf die Hauptsache und deren Zubehör, selbst auf die, nachher zu derselben hinzugekommenen, nach den Grundsätzen von der Accession

[*s*] L. 41. de pignor. act. (13. 7.) L. 5. C. si aliena res pignori (8. 16.).

[*t*] L. 1. pr. de pignor. (20. 1.). Gmelin Comm. de iure pignor. et hyp. quod creditori debitor in re sibi non propr. const. §. 49—56. Bolley v. öffentl. Unterpfändern, §. 53—55.

[*u*] L. 41. de pignor. act. (13. 7.) L. 22. de pignor. (20. 1.). Vereinigungsversuche s. bey Hofacker T. 2. §. 1172. Westphal §. 115. Bolley §. 56. Glück Comm. 14. B. S. 32—40.

[*x*] Anders ist es bey persönlichen. L. 11. §. 2. L. 15. pr. de pign. (20. 1.) L. 1. C. si pign. pignori (8. 24.).

[*y*] L. 14. L. 33. §. 1. de S. P. R. (8. 3.) L. 11. §. 3. L. 12. de pignor. (20. 1.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 22. Glück S. 25. 26. Abweichend ist zum Theil C. Thomasius de servitute stillicidii. Lips. 1689. §. 17—21. Gmelin §. 59. 60.

[*z*] L. 4. C. de usuris (4. 32.) L. 6. C. de pignor. (8. 14.). Weber Beytr. zum stillschw. Conv. P. R. n. 5. (in dessen Vers. 1. B. II. Abh. n. 3.). Zum Theil a. M. ist Meiſsner §. 14.

unzertrennlich vereinigten Nebendinge [a]. Was insbesondere die Früchte betrifft, so sind natürlich die hängenden, und die, nach der Einlassung gezogenen Früchte dem Pfandrecht unbedingt unterworfen. Wurden sie vorher erzeugt, so sind blofs die noch vorhandenen unter dem Pfandrecht begriffen, und auch nur insofern, als der Gläubiger sich nicht aus der Hauptsache befriedigen kann [b].

§. 647.

2) Rechtsverhältnisse. A) Zwischen Schuldner und Gläubiger.

Die, durch das Pfandrecht begründeten Rechtsverhältnisse äufsern sich theils in dem Verhältnifs des Gläubigers und Schuldners gegen einander, theils im Verhältnifs mehrerer Pfandgläubiger, theils gegen dritte Personen. Kennt man die Rechte und Pflichten des Gläubigers, so sind eben dadurch die Rechte und Pflichten des Schuldners angegeben. Diese bedürfen also keiner besondern Erörterung. Eben so wenig kann das Verhältnifs zu einem Dritten hier auseinander gesetzt werden, weil diefs aus dem, was unten über die Klagen des Gläubigers zu sagen ist, von selbst folgt.

§. 648.

a) Rechte des Gläubigers.

Das Recht jedes Gläubigers besteht im Wesentlichen darin, dafs ihm die ganze Sache bis dahin, dafs seine Foderung gänzlich getilgt ist, verhaftet bleibt [c], und dafs er sich zuletzt wegen seiner Befriedigung an der Sache durch deren Verkauf erholen kann. Das Faustpfand überträgt zugleich den bürgerlichen, zuweilen auch nur den natürlichen Besitz, und die damit verknüpften Befugnisse, auf den Gläubiger [d]. Leidet er durch Eviction und

[a] Ueber das Sklavenkind ist eine Antinomie. L. 1. pr. de salv. interd (43. 33.) L. 16. §. 2. de pignor. (20. 1.) L. 18. §. 2. de pignor. act. (13. 7.) L. 1. C. de partu pign. (8. 25.) vergl. mit L. 29. §. 1. de pignor. (20. 1.). Im Uebrigen vergl. L. 16. pr. L. 21. de pignor. act. (13. 7.) L. 29. §. 2. de pignor. (20. 1.).

[b] L. 1. §. 2. L. 16. §. 4. de pign. (20. 1.) L. 3. C. in quib. causs. pign. (8. 15.) L. 1. C. de distract. pignor. (8. 28.). Manche haben andre Ideen. Vergl. Gmelin l. c. §. 41. Westphal §. 16. Voet L. 20. T. 1. §. 3. 4. Lauterbach coll. L. 20. T. 1. §. 32.

[c] L. 65. de evict. (21. 2.) L. 3. C. de negot. gest. (2. 19.).

[d] S. oben §. 295.

Hauptmängel des vertragsmäſsigen Pfandes, so kann er verlangen, daſs ihm ein neues eingeräumt [*e*], auch daſs ihm der, durch Versehen des Schuldners ihm sonst erwachsene Schaden vergütet werde [*f*]. Der Zufall trifft ihn in der Hauptsache nicht, weil der Pfandschuldner Eigenthümer bleibt [*g*]. Daſs er unbedingt Ersetzung der nothwendigen Auslagen, der nützlichen aber nur so weit, als sie mäſsig waren, fodern [*h*], auch sein Pfandrecht (nicht die Sache selbst) weiter verpfänden (*subpignorare*) kann [*i*], ist natürlich; allein sonderbar ist die Vorschrift, daſs der Faustpfandgläubiger auch wegen jeder Foderung, wofür ihm die Sache nicht verpfändet ist, das Retentions-Recht ausüben, und zugleich wegen derselben das Pfand mit zum Verkauf bringen kann [*k*]. Die Frage: inwiefern der Gläubiger befugt ist, dem Schuldner bey Veräuſserung des Pfandes zu widersprechen, läſst sich besser unten (§. 667.) beantworten.

§. 649.

Veräuſserungsrecht insbesondere.

Das Verkaufsrecht des Gläubigers verdient noch insbesondere folgende Erörterungen. I) Die Befriedigung durch den Verkauf der Sache ist dem Pfandrecht wesentlich. Der Vertrag, daſs der Gläubiger das Pfand nicht verkaufen solle, wird daher nicht geachtet [*l*]. Auf der andern Seite ist aber auch der Vertrag (*lex commissoria*) nichtig, welcher dahin geht, daſs dem Gläubiger, im Fall unterbleibender Zahlung, ohne Verkauf das Pfand verfallen solle [*m*]; doch ist er nicht ungültig, wenn er eidlich bestärkt [*], oder erst nach der Verpfändung ge-

[*e*] L. 2. 9. pr. 31. 32. de pignor. act. (13. 7.).

[*f*] L. 9. pr. L. 31. L. 32. L. 36. pr. eod.

[*g*] L. 43. §. 1. eod. L. 5. 6. 9. C. de pignor. (8. 14.).

[*h*] L. 8. pr. L. 25. de pignor. act. (13. 7.) L. 6. C. de pignor. (8. 14.). Leyser Spec. 156. A. F. Rivinus de debitore delicato in contrario fiduciae iudicio. Viteb. 1743.

[*i*] L. 13. §. 2. de pignorib. (20. 1.) L. 1. 2. C. si pign. pignor. (8. 24.). Gmelin l. c. §. 63. Westphal §. 142—144.

[*k*] L. 8. §. 5. de pignor. act. (13. 7.) L. 22. C. de usur. (4. 32.) L. un. C. etiam ob chirograph. (8. 27.).

[*l*] L. 4. de pignor. act. (13. 7.).

[*m*] L. ult. C de pact. pignor. (8. 35.). Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 20. §. 5.

[*] cap. 6. X. de pignor. (3. 21.). A. M. sind Viele mit Glück Comm. 14. B. S. 93 — 95.

schlossen wird [n]. Auch ist es kein ungültiger, commissorischer Vertrag, wenn bey der Verpfändung ausgemacht wird, der Gläubiger könne die Sache für einen, jetzt oder dereinst zu bestimmenden billigen Preis käuflich behalten, oder, sie solle dem, für den säumigen Schuldner zahlenden Bürgen zufallen [o].

§. 650.

Fortsetzung. Ist der Verkauf nicht vorher regulirt, so darf II) der Gläubiger nicht eher zum Verkauf schreiten, als bis seine Foderung liquid und zahlbar ist [p]. Ist sie diefs, so unterscheide man: 1) es ist nichts über den Verkauf bestimmt: dann mufs der Gläubiger an den Schuldner eine Denunciation ergehen lassen, und von hier mit dem Verkauf noch zwey Jahre warten [q]. Ist dagegen 2) verabredet, das Pfand solle nicht verkauft werden, so mufs der Gläubiger den Schuldner vorher dreymal zur Zahlung auffodern [r]. Die Weite der Termine ist hier nicht bestimmt; allein nach Analogie des ersten Falls mufs man behaupten, dafs sie sämmtlich wenigstens zwey Jahre füllen müssen [s]. Ist endlich 3) der Verkauf namentlich erlaubt, so kann der Gläubiger sofort dazu schreiten [t]. Beobachtet der Gläubiger die, bisher genannten Vorschriften nicht, so ist die Veräufserung ungültig [u]. Will er aber das Pfand unter richterlicher Auctorität verkaufen, so hält man ihn an jene Solennien nicht gebunden [x].

§. 651.

Fortsetzung. Der Verkauf selbst mufs III) auf die gehörige Art geschehen, und der Gläubiger mufs

[n] L. 13. C. de pignor. (8. 14.).

[o] L. 16. §. ult. de pignor. (20. 1.) L. ult. de contr. emt. (18. 1.). Westphal §. 194. Gothofredus ad L. 1. C. Theodos. de commissorio rescind. Emminghaus ad Cocceii L. 7. T. 13. qu. 10. A. M. ist Weber Versuche 1. B. n. V. Gönner jur. Abh. 1. B. n. 7. §. 5. und zum Theil Glück Comm. 14. B. S. 95—103.

[p] L. 5. C. de distract. pign. (8. 28.).

[q] L. 10. C. de pign. (8. 14.) L. 3. C. de iure domin. impetr. (8. 34.). Erxleben §. 187.

[r] L. 4. de pignor. act. (13. 7.).

[s] Carpzov P. 1. C. 32. Def. 37. n. 5. fgg. A. M. ist Lauterbach coll. L. 20. T. 5. §. 9.

[t] §. 1. I. quib. alien. lic. (2. 8.).

[u] L. 65. de R. V. (6. 1.) L. 2. C. si vendito pign. agatur (8. 30.).

[x] Mevius P. 7. Dec. 310. P. 8. Dec. 260.

dabey, als Mandatar des Schuldners, überall auf den Vortheil des letzten bedacht seyn [*y*]. Eine arglistige Veräufserung gibt dem Schuldner zunächst nur persönliche Ansprüche an den Gläubiger; kann er sich aber nicht an diesem erholen, so wird er selbst gegen den Käufer restituirt [*z*]. Das willkührlich errichtete Faustpfand kann der Gläubiger selbst aufsergerichtlich verkaufen [*a*]; nur mufs es öffentlich, unter Einladung des Schuldners, geschehen [*b*]; andre Arten der Pfänder hingegen, und Hypotheken, sind, nach Ablauf des, dem Schuldner zu gestattenden viermonatlichen Zahlungstermines, unter richterlicher Auctorität in gewöhnlicher Form zu versteigern [*c*]. Bey einer solchen gerichtlichen Versteigerung kann dann der Gläubiger, und zwar vor andern, die Sache selbst erkaufen [*d*], nicht aber, wenn er aufsergerichtlich die Sache selbst zum Verkauf bringt [*e*], ausgenommen, wenn es der Schuldner gestattet [*f*]. Thut in beiden Fällen kein Dritter ein annehmliches Gebot, so kann der Gläubiger sich das Pfand, gegen einen auszumittelnden Preis, vom Regenten eigenthümlich zuschlagen lassen [*g*], welcher Zuschlag aber jetzt nicht mehr seine Foderung ganz, sondern nur bis auf die Summe des Kaufpreises vernichtet [*h*]. Der Schuldner behält dagegen noch zwey Jahre nach dem Zuschlage das Wiedereinlösungsrecht [*i*].

§. 652.

Beschlufs. Endlich ist noch IV) zu bemerken, dafs der Gläubiger in der Regel nicht zum Verkauf gezwungen werden kann, und dafs demselben im Zweifel, wenn es das freywillige Faustpfand selbst zum Ver-

[*y*] L. 50. de evict. (21. 2.) L. 4. C. de distract. pign. (8. 28.).

[*z*] L. 4. 7. 9. 10. C. de distr. pign. (8. 28.) L. 3. C. si vend. pign. ag. (8. 30.). Westphal §. 220.

[*a*] L. 9. C. h. t. (8. 28.) L. 1. C. de iure dom. impetr. (8. 34.).

[*b*] L. 4. C. h. t. (8. 28.) L. 3. C. de exc. rei iudicat. (7. 53.). Voet L. 20. T. 5. n. 5.

[*c*] L. 2. L. ult. §. 1. C. de usur. rei iudic. (7. 54.).

[*d*] L. 2. 3. C. si in caussa iudic. (8. 23.).

[*e*] L. 10. C. h. t. (8. 28.).

[*f*] L. 34. de pignor. act. (13. 7.).

[*g*] L. 2. 3. C. si in caussa iudic. (8. 23.) L. 24. de pignor. act. (13. 7.). Ueber den heutigen Gebrauch ist Streit. Erxleben §. 188.

[*h*] Vergl. L. 15. §. 3. de re iudic. (42. 1.) mit L. 3. §. 4. C. de iure domin. impetr. (8. 34.).

[*i*] L. 2. L. 3. §. 3. C. l. c. Westphal §. 193. 194. 199. 201.

kauf bringt, das Recht zusteht, von mehreren Sachen nach Gefallen zu verkaufen, welche er will, aber natürlich nur soweit es zu seiner Befriedigung nöthig ist [*k*]. Von dem letzten Satz macht man jedoch, außer den, bereits oben (§. 639. u. §. 646. a. E.) angegebenen Fällen, die Ausnahme, daſs der Gläubiger sich zuerst an die, dem Schuldner entbehrlichsten Sachen halten müsse [*l*]; und in Rücksicht des ersten findet sich in den Gesetzen die Ausnahme, daſs der Schuldner wenigstens dann auf den Verkauf dringen dürfe, wenn der Werth des Pfandes die Schuld weit übersteige, und die Sache jetzt besonders vortheilhaft verkauft werden könne [*m*].

§. 653.

b) Dessen Pflichten. Die Pflichten des Pfandgläubigers bestehen darin, I) daſs er die Sache, wenn er deren Besitz erhalten hat, gehörig schützen, und für die geringsten Versehen haften muſs [*n*]. Nur der prätorische Pfandgläubiger haftet bloſs wegen grober Versehen [*o*]. Ferner darf er sich II) die Früchte der, ihm übergebenen Sache nicht als Gewinn zueignen, vielmehr muſs er alles, was er gezogen hat, auf die Zinsen, und nächstdem auf das Capital abrechnen [*p*]. Diese Berechnung fällt jedoch weg, wenn ein *pactum antichreticum* [*q*] geschlossen, d. h. wenn ihm erlaubt ist, sich durch die Früchte wegen der, ihm gebührenden Zinsen zu entschädigen [*r*]; nur darf dieser Vertrag, welcher im Zweifel ein Pfandrecht ertheilt [*], und dabey auch die Lasten

[*k*] L. 8. L. 11. L. ult. de distr. pign. (20. 5.) L. 6. 7. 8. C. eod. (8. 28.) L. 6. pr. de pignor. act. (13. 7.).

[*l*] Voet L. 20. T. 5. §. 3. Erxleben §. 183.

[*m*] L. 6. de pignor. act. (13. 7.). Erxleben §. 175.

[*n*] L. 13. §. 1. L. 14. de pign. act. (13. 7.) L. 5. 7. C. eod. (4. 24.) L. 19. C. de pignor. (8. 14.). Viele bestreiten dieſs. D. G. Lamprecht ad L. 13. D. de pignor. act. Goett. 1750. Höpfner Comm. §. 796. Wehrn de dolo, culpa etc. p. 139. not. 12. Schöman Handb. 1. B. S. 309 — 322. Glück Comm. 14. B. S. 68 — 83.

[*o*] L. 9. §. 5. de reb. auct. iud. (42. 5.). Lauterbach coll. L. 20. T. 1. §. 17. v. Löhr Theorie der Culpa. S. 189. 190.

[*p*] L. 35. §. 1. de pign. act. (13. 7.).

[*q*] H. de Cocceii de antichresi (Exerc. V. 1. n. 29.). W. A. Lauterbach de iure antichreseos. Tub. 1654.

[*r*] L. 33. de pign. act. (13. 7.) L. 11. §. 1. de pignor. (20. 1.). Westphal §. 66. Pufendorf T. 2. Obs. 169.

[*] L. 33. de pign. act. (13. 7.). Dawider ist L. 11. §. 1. de pign. (20. 1.) nicht. Cuiac Obs. L. 3. c. 35. Glück Comm. 14. B. S. 104 — 118.

des Nutzniefsers auf den Gläubiger überträgt [s], da, wo der Gläubiger bürgerliche, oder nach einem Durchschnitt zu berechnende natürliche Früchte zieht, nicht zur Bedeckung eines Zinswuchers dienen [t]. In der Regel können aber dabey dem Gläubiger die vernachlässigten Früchte nicht angerechnet werden [u]. Sonderbar, aber consequent [x] ist die Vorschrift, dafs der Gläubiger, welcher dem Schuldner ein unverzinsliches Capital geliehen hat, auch ohne antichretischen Vertrag so viel von den Früchten, als das Maafs der gesetzlichen Zinsen beträgt, zurückhalten kann [y]. Man nennt diefs *antichresis tacita*. Ferner mufs er III) nach Tilgung seiner Foderungen dem Schuldner die Sache restituiren; auch endlich IV) nach Veräufserung des Pfandes den, ihm bleibenden Ueberschufs herausgeben [z].

§. 654.

B) Zwischen den Gläubigern. Jus offerendi.

Collidiren die Rechte mehrerer Pfandgläubiger mit einander, so ist es Regel, dafs der schlechtere dem besseren weichen mufs, und dafs der letzte jenem gar nichts zu erlegen braucht, ausgenommen die Auslagen, deren Erstattung jeder Besitzer in gutem Glauben fodern kann, vorausgesetzt nämlich, dafs jener im Besitz des Pfandes ist [a]. Der nachgehende Pfandgläubiger kann aber die Collision dadurch abwenden, wenn er an die Stelle des vorgehenden trit [b]. Dieser Eintritt kann geschehen: A) mit Einwilligung, und zwar a) des Gläubigers, wenn

[s] Leyser Sp. 157. m. 7—9.

[t] L. 14. L. 17. C. de usur. (4. 32.). Pufendorf T. 2. Obs. 76. T. 3. Obs. 57. G. L. Boehmer Rechtsf. 1. B. n. 71. Ueber die Ideen Andrer s. Emminghaus ad Coccei L. 13. T. 5. qu. 5. Erxleben §. 112. Happel die Rechte d. Gl. in Ans. d. Faustpf. S. 229—283. I. M. Schneidt de usuris antichresi etc. Wircb. 1784. §. 57—75.

[u] I. W. Engelbrecht de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. Lips. 1724.

[x] Zufolge §. 4. dieses Lehrbuchs.

[y] L. 8. in quib. causs. pign. tac. (20. 2.). Noodt de foen. et usur. L. 2. c. 9. A. M. ist Vinnius quaest. sel. L. 2. c. 7. Happel l. c. S. 230—241. Glück Comm. 14. B. S. 50—57.

[z] L. 24. §. 1. de pignor. act. (13. 7.).

[a] L. 2. L. 12. pr. qui pot. in pign. (20. 4.). Weber Versuche, 1. B. II. Abh. n. 3. §. 21.

[b] Ueberh. G. B. Beckmann de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. Goett. 1781. Dabelow v. Concurs. 1. Aufl. 2. B. §. 290. fgg.

derselbe sein Pfandrecht abtrit [c], oder b) des Schuldners, wenn der nachgehende Pfandgläubiger dem Schuldner Geld leihet, damit der vorgehende abgefunden werde, wenn er sich dabey den Eintritt bedingt, und die Abfindung wirklich erfolgt [d]. Kauft Jemand eine Sache, unter der Bedingung, daſs ein älterer abgefunden werde, so erhält er zu seiner Sicherheit gegen andre Pfandgläubiger die Rechte des Abgefundenen, ohne sich den Eintritt bedungen zu haben [e]. Wer dem Fiscus zahlt, ist von allen diesen Grundsätzen nicht ausgenommen [f]. Auſserdem kann aber auch B) ohne Zustimmung beider, der nachgehende Pfandgläubiger durch Ausübung des, andern Personen in der Regel nicht zustehenden *iuris offerendi* [g] in die Stelle des vorgehenden, und derer, welche demselben rechtlich gleichgesetzt werden [h], eintreten, wenn er nämlich demselben seine Pfandfoderung (§. 646.), und die, jedem Besitzer in gutem Glauben zu vergütenden Auslagen bezahlt [i]. Die Rechte eines, in der Mitte stehenden Gläubigers werden aber dadurch nicht verletzt [k]. Ein Dritter, welcher ein Pfand, selbst nicht als Pfandgläubiger, besitzt, kann jedoch, wenn er vom Pfandgläubiger belangt wird, gegen Zahlung der Pfandschuld die Cession des Pfandrechts fodern [l].

§. 655.

Classification.

Wird die Collision nicht abgewandt, so ist die Rangordnung der Gläubiger nach folgenden Regeln zu bestimmen: I) Da man unbedingt seine eignen Gläubiger von dem Seinigen befriedigen muſs, so gehen die Pfandgläubiger, welche gegen andre Pfandgläubiger an deren Pfändern ein Pfandrecht erworben haben (*creditores creditorum*), absolut den letzten vor. Jene kann man Separatisten nennen. Zu denselben

[c] Beckmann §. 6—9.

[d] L. 1. C. de his qui in prior. credit. loc. (8. 19.).

[e] L. 3. C. eod. Beckmann §. 15.

[f] L. 3. L. 7. C. de privil. fisci (7. 73.). Westphal §. 172.

[g] Haubold de iure offerendi. Lips. 1793.

[h] L. 2. L. 5. §. 1. de distr. pign. (20. 5.) L. 5. C. qui pot. in pign. (8. 18.) L. 1. C. si antiqu. cred. (8. 20.).

[i] L. un. C. etiam ob chirogr. caus. (8. 27.). Weber a. a. O. §. 22.

[k] L. 16. qui pot. in pign. (20. 4.). Hofacker T. 2. §. 1217.

[l] L. 19. qui pot. in pign. (20. 4.).

gehört denn auch der Fiscus wegen rückständiger Abgaben [*m*]. Häufig setzt man diesen Separatisten auch diejenigen (unter dem Namen Vindicanten) gleich, welche in dem Concurse eines Schuldners gegen dessen Pfandgläubiger ein Pfand verfolgen, welches sie schon hatten, ehe die Sache an den Schuldner kam [*n*]. Allein nach allen folgenden gesetzlichen Regeln kann man ihnen nur insofern, als sie ein älteres Recht haben, einen Vorrang geben, und sie müssen also mehr privilegirten Pfandgläubigern des Gemeinschuldners nachstehen. Die Gegner setzen diesen angeblichen Vindicanten häufig auch die gleich, welche sich an einer, auf Credit verkauften Sache ein Pfandrecht vorbehalten [*o*]; wiewohl gegen strenge Rechtsbegriffe [*p*]. Man kann ihnen vielmehr, als Anleihern, blofs ein conventionelles privilegirtes Pfand gestatten, und diefs auch nur dann, wenn die Sache ein Schiff, oder ein Grundstück ist [*q*]. Auch ist es irrig, wenn der Pfandinhaber einer Obligation zu den Separatisten gezählt wird [*].

§. 656.

Fortsetzung. Qualificirtes P. R.

Collidiren Separatisten und Nicht-Separatisten miteinander, so gilt II) die andre Hauptregel, dafs das Pfand, welches von den Gesetzen, ohne Rücksicht auf sein Alter und seine Entstehung andern vorgesetzt ist, vor den übrigen den Vorrang behauptet. Man nennt ein solches Pfandrecht *privilegiatum* oder *qualificatum*, jedes andre *simplex* [*r*]. Ein solches Privilegium setzt

[*m*] L. 1. C. in quib. causs. pign. (8. 15.) L. 1. C. si propt. publ. pensit. (4. 46.) Tit. C. sine censu et reliquis (4. 47.) L. 36. de iure fisci (49. 14.). Zum Theil a. M. ist Meifsner v. still-schw. Pf. R. §. 96. 99.

[*n*] Gmelin v. d. Rangord. d. Gl. 1. C. §. 3.

[*o*] Erxleben §. 215. Dabelow v. Conc. S. 351. 352.

[*p*] L. 1. §. 4. L. 2. de reb. eor. (27. 9.). I. N. Endres de privilegio hypothecae iudicialis a venditore in re vendita reservatae moto concursu. Wirceb. 1774.

[*q*] S. oben §. 642. n. III. Gmelin l. c. §. 4.

[*] F. Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswalde 1812. S. 37. fgg. A. M. sind Struben 3. B. 10. Bed. Quistorp rechtl. Bem. 1. Thl. n. 42.

[*r*] Ueberh. B. Bardili de his qui pot. in pign. hab. Tub. 1687. C. A. Tittel de error. ex falso pignor. qualific. conceptu oriund. Ien. 1761. Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. überall. Ueber das Geschichtliche: C. L. Runde de histo-

aber natürlich einen Gläubiger, welcher kein Separatist ist, nicht über einen simpeln Separatisten, sondern es bestimmt nur das Verhältniſs der Separatisten unter sich, und der Nicht-Separatisten gegen einander [s].

§. 657.

Fortsetzung. Ein solches qualificirtes Pfandrecht haben theils manche von denen, welchen ein gesetzliches Pfandrecht zusteht, theils andere, welche sich ein Pfandrecht bedungen. 1) Ein gesetzliches, und dabey privilegirtes Pfandrecht haben A) der Fiscus an dem Vermögen der Unterthanen, welche Abgaben schuldig bleiben [t], so wie nach der Meynung Vieler an dem Vermögen des Kriegszahlmeisters, wenn derselbe den Proviant nicht gehörig vertheilt, und der Fiscus dafür hat haften müssen, so wie an dem, von seinem Contrahenten nach dem Contract erworbenen Vermögen. Allein beides ist irrig. Bey der Schuld des *primipilus*, welcher kein Zahl- und Proviantmeister war, geht der Fiscus bloſs der Ehefrau des *primipilus*, als einer Mitschuldnerinn des letzten, vor [u]. An den, nach dem Contract erworbenen Gütern hat der Fiscus im Ganzen gar kein Vorrecht [x]. Nur bey einer, vom Fiscus erworbenen Sache hat dieser das singulaire Vorrecht, daſs sein Pfandrecht so betrachtet wird, als habe er es an seiner Sache schon vor der Veräuſserung gehabt [y]. B) Die Frau wegen der Brautgabe. Auſser ihr haben dieses Privilegium nur noch ihre Kinder, diese aber auch unbedingt, also nicht bloſs, wenn neben ihnen ihre Stiefmutter, d. h. die zweyte Frau ihres leiblichen Vaters [z], ihre

ria, indole, ac vi remediorum securitatis quibus iure Rom. prospectum est creditoribus debitoris obaerati. Goett. 1795.

[s] Wegen der Regel in §. 39.

[t] S. vorhin §. 655.

[u] L. 4. C. in quib. causs. pign. (8. 15.) L. 3. C. de primipil. (12. 63.). Happel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder. Gieſs. 1802. S. 148 — 193. vergl. mit Meiſsner §. 97. n. II. §. 107. Wiederum eine neue Idee hat Unterholzner jurist. Abh. München 1810. S. 61 — 96.

[x] L. 21. h. t. (20. 4.).

[y] L. 28. de iure fisci (49. 14.). Hennemann über die bevorzugte Hypothek des Fiscus in den nach dem Contract erworbenen Gütern des Schuldners. Schwer. u. Wism. 1800. Ueber die Ideen Andrer: Höpfner Comm. §. 719. nos. 3. Dabelow v. Conc. S. 204 — 214. Meiſsner §. 100 — 106.

[z] A. M. ist Meiſsner §. 171.

Brautgabe zurückfodert [a]. C) Der Pupill an der, mit seinem Gelde erkauften Sache [b]. Endlich D) alle, §. 642. unter I. II. genannten Personen [c]. 2) Ein privilegirtes Pfandrecht, wenn sie sich ein Pfandrecht bedungen, steht denen zu, welche durch Leihen, oder Creditiren etwas zur Anschaffung einer unbeweglichen Sache, oder zur Anschaffung eines Schiffs hergaben [d].

§. 658.

Fortsetzung.

Unter den privilegirten Pfandgläubigern sind wieder manche besonders privilegirt [e]. Man bemerke: 1) wegen rückständiger Abgaben kommt der Fiscus unter den Gläubigern der Pfandgläubiger obenan [f]. Nächst diesem hat ein absolutes Vorrecht 2) derjenige, welcher zum Ankauf einer *militia* geliehen, und sich dabey ein Vorrecht bedungen hat. Hat er diefs nicht, so steht er der Frau wegen der Brautgabe nach, geht aber allen Andern vor [g]. 3) Die Ehefrau hat wegen der Brautgabe nächst den, eben genannten Personen ein absolutes Vorrecht vor allen andern Pfandgläubigern; doch stehen die, welche als Anleiher zur Wiederherstellung eines Gebäudes, oder zur Besserung einer Sache, oder wegen eines Anlehns zur Anschaffung eines Schiffs ein privilegirtes Pfandrecht haben, mit der Frau in gleichem Range [h]. Kann nun unter privilegirten Pfandgläubigern keiner ein besonderes Privilegium darthun, so müssen denn die folgenden Grundsätze des gemeinen Rechts entscheiden.

§. 659.

Oeffentliche Privat-Pfänder.

Wenn nämlich III) gleich privilegirte, oder simple Pfänder mit einander concurriren, so ist es eine fernere Regel des gemeinen Rechts,

[a] L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. (8. 18.) Nov. 91. pr. c. 1. K. A. v. Kamptz Vers. einer Revision d. Lehre vom Uebergang des Brautschatz-Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau. Berlin. 1811. A. M. sind Happel S. 198—212. Meifsner §. 171—173. Dabelow S. 256—259. 617. 618.

[b] L. 7. pr. h. t. (20. 4.).

[c] S. die Allegate zu §. 642. n. I. II.

[d] S. die Allegate zu §. 642. n. III.

[e] Die Theorien sind hier sehr verschieden. Vergl. Bachov L. 4. c. 14. Erxleben §. 239. Hofacker T. 2. §. 1213. Höpfner Comm. §. 715. Dabelow S. 301—305. 620. 621. Meifsner § 174. 175.

[f] S. oben §. 655.

[g] Nov. 97. c. 4.

[h] L. 12. C. qui pot. in pign. (8. 18.) Nov. 97. c. 3. 4.

dafs bey schriftlichen Conventional-Pfändern derjenige, welcher sein Pfandrecht aus einer gerichtlichen, oder einer, von drey tüchtigen männlichen Zeugen unterzeichneten Urkunde darthun kann, den schriftlichen Conventional-Pfändern (also nicht andern Arten), welche auf schwächeren Beweisen beruhen, vorgehen solle [*i*]. Pfandrechte der ersten Art nennt man öffentliche (*publica*, und *quasi publica*), der letzten Art Privat-Pfandrechte. Dieser öffentliche Glaube setzt auch weder einen Nicht-Separatisten über das Privat-Pfandrecht eines Separatisten, noch einen nicht besonders Privilegirten über einen besonders Privilegirten, noch auch ein simples Pfand über ein privilegirtes [*k*], wiewohl Deutsche Statute häufig vorschreiben, dafs vom competenten Richter protocollirte Hypotheken unbeweglicher Sachen schlechthin allen vorgehen, welches aber kein gemeines Recht ist [*l*]. Dagegen gilt aber auch jene Regel nicht blofs für die Concurrenz simpler, sondern auch für die Concurrenz gleich privilegirter Pfandgläubiger unter sich, nicht aber zum Vortheil eines testamentarischen Pfandrechts, welches vor einer öffentlichen Person, oder wenigstens drey Zeugen errichtet ist, im Verhältnifs zu älteren Creditoren [*m*]. Uebrigens kann ein Privat-Pfandrecht auch nachher in ein öffentliches verwandelt werden; nur wird in allen Fällen Genehmigung oder Ratihabition des Verpfänders vorausgesetzt [*n*].

§. 660.

Beschlufs. Kann ein Gläubiger weder daher, dafs er Separatist, noch daher, dafs er überhaupt, oder besonders privilegirt ist, noch daher, dafs er ein öffentliches Pfand hat, ein Vorzugsrecht ableiten, so trit endlich IV) die Regel des gemeinen Rechts ein, dafs das ältere gleiche Pfandrecht dem jüngeren vorgehe, oder,

[*i*] L. 11. C. qui pot. in pign. (8. 18.). Meifsner v. stillschw. Unterpf. §. 40. Ueber die Ideen Andrer s. Hofacker T. 2. §. 1214. 1215. Erxleben §. 241 — 251. Müller ad Leyser Obs. 457. 466. 468. Höpfner §. 710. Dabelow S. 307 — 314. 621 — 637. H. E. F. Bolley v. öffentlichen Unterpfändern. Tüb. 1802.

[*k*] Zufolge des Grundsatzes in §. 39. A. M. ist Bolley §. 119.

[*l*] Hofacker §. 1243. Meifsner §. 40.

[*m*] Bolley §. 121.

[*n*] Pufendorf T. 1. Obs. 197. T. 2. Obs. 160.

wenn auch hier alles gleich ist, dafs das Object nach Maafsgabe der Gröfse der Ansprüche getheilt werden solle [o]; eine Regel, welche im Verhältnifs aller Arten der Pfänder gilt [p], und zwar unter der Nebenbestimmung, dafs, wenn bey einer privativen Novation die alten Pfänder für die neue Verbindlichkeit wieder bestellt werden, diese Pfänder bis auf die Gröfse der alten Pfandschuld nach ihrem ursprünglichen Alter rangiren [q]. Nur in Betreff der, im §. 641. unter 1. 2. 4. genannten prätorischen Pfänder haben die Gesetze verordnet, dafs das Alter keinen Vorrang geben solle, wenn ein Inmittirter mit einem andern derselben Art concurrire [r]; auch geht, wenn zwey Nichteigenthümer ein Pfand bestellen, der jüngere Besitzer vor [s]. In Betreff der Frage: welches Pfandrecht ist das ältere? sind aber noch folgende Bemerkungen wichtig: A) älter ist jedes Pfandrecht, welches früher errichtet ist, als das andre. Ward Jemandem ein Pfandrecht bedingt, oder unbedingt für eine bedingte Schuld ertheilt, so ist die Entstehung vom Tage der Existenz der Bedingung zu datiren, ausgenommen, wenn die Bedingung von der Art ist, dafs sie überhaupt (§. 124.) zurückgezogen wird [t]. B) Zugleich *in solidum* errichtete Pfandrechte sind sich gleich, sofern nicht der Eine durch alleinigen Besitz des Pfandes einen Vorrang erhält [u]; doch geht dasjenige, als das ältere vor, welches zur Sicherheit einer, früher fällig werdenden Foderung dienen sollte [x]. C) Hat keiner erweislich ein älteres Recht, so geht der vor, welcher im Besitz der Sache ist. Findet auch kein Besitz statt, so streitet für den die Vermuthung, welcher allein bestimmt die Zeit, in welcher sein Pfandrecht entstand, darthun kann [y]. D) Den letzten Platz nehmen diejenigen, welche als Legatare ein testamentarisches oder gesetzliches

[o] L. 2. L. 11. pr. L. 12. §. 2. L. 16. h. t. (20. 4.) L. 8. C. eod. (8. 18.).

[p] Meifsner §. 36.

[q] L. 3. pr. L. 12. §. 5. h. t. (20. 4.).

[r] L. 5. §. 3. ut in poss. legator. (36. 4.) L. 15. §. 15. de damn. inf. (39. 2.) L. 12. de reb. auct. iud. (42. 5.). Voet L. 20. T. 4. §. 28. Happel v. Recht der Gläubiger in-Ans. der Faustpfänder, S. 44. fgg.

[s] L. 14. h. t. (20. 4.).

[t] L. 9. §. 1. 2. L. 11. §. 2. h. t. (20. 4.). Bolley a. a. O. §. 110—113.

[u] L. 10. de pignor. (20. 1.) L. 1. §. 1. de salv. interd. (43. 32.).

[x] L. 13. h. t. (20. 4.).

[y] L. 10. L. 16. §. 8. de pignor. (20. 1.).

Pfandrecht verfolgen, in Rücksicht aller andern ein, welche vor dem Tode des Erblassers errichtet waren. Unter einander, und im Verhältniſs neuer Gläubiger rangiren sie aber nach den gewöhnlichen Regeln [z].

§. 661.

IV) Klagen; 1) auf das Pfand;

Die Klagen, welche in Rücksicht des Pfandrechts stattfinden, sind zwiefach, je nachdem sie sich auf die Errichtung eines zu bestellenden Pfandrechts beziehen, oder ein errichtetes Pfandrecht voraussetzen. Jene sind, bey dem willkührlichen Pfandrecht nach der Natur des Geschäfts zu benennen, worauf sich die Verpflichtung zur Pfandbestellung gründet; bey Nachsuchung um ein richterliches Pfandrecht bestehen sie in einer bloſsen Imploration [a].

§. 662.

2) aus dem P. R., A) petitorische; a) zwischen Gläubiger und Schuldner;

Die Klagen, welche ein errichtetes Pfandrecht voraussetzen, sind theils petitorische, theils possessorische. Die ersten sind wieder zwiefach, je nachdem sie nur Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger verfolgen, oder gegen andre Personen gehen. Für das Rechtsverhältniſs zwischen Schuldner und Gläubiger haben die Gesetze die *actio pignoratitia*, und zwar dem Schuldner die *directa*, dem Gläubiger die *contraria* gestattet, wodurch beide Theile ihre, bisher genannten, also hier als bekannt vorauszusetzenden, gegenseitigen Rechte geltend machen [b]. Eigentlich setzt sie einen *contractus pignoratitius* voraus; doch haben die Gesetze auch bey andern Pfandrechten wegen der persönlichen Verpflichtungen eine *actio pignoratitia utilis*, und *in factum* gestattet [c]. Als persönliche Klage kann die *directa*, nach Endigung des Pfandrechts, natürlich nicht gegen den Dritten angestellt, sondern dieser muſs als Besitzer durch die Eigenthumsklage belangt werden. Daſs eine *pignoratitia directa* gegen den Dritten stattfindet, wenn ihm der

[z] L. ult. §. 5. C. de iure delib. (6. 30.). Meiſsner §. 186 — 188. Bolley §. 121.

[a] Erxleben §. 267.

[b] Ueberh. Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 820 — 829.

[c] L. 11. §. 5. de pignor. act. (13. 7.) L. 34. de damn. infecto (39. 2.) L. 9. de reb. auct. iud. (42. 5.). Wider die Benennung ist Meiſsner v. stillschw. Unterpf. §. 46.

Gläubiger die Sache verpfändete, und diess vermöge eines Auftrags des Schuldners that, oder wenn er dem letzten seine Klage cedirte, versteht sich von selbst; allein juristisch ist diess keine Ausnahme von jenem Satz [*d*].

§. 663.

b) gegen Dritte.

Gegen den Dritten stehen dem Gläubiger mancherley Rechtsmittel zu, nämlich die *actio finium regundorum* [*e*]; *confessoria* und *negatoria utilis* [*f*], nicht aber die *actio communi dividundo* [*g*]; im Fall eines Diebstahls die gemeinen, aus demselben entspringenden Klagen [*h*]; so wie eine Klage auf Bestellung der *cautio de damno infecto* [*i*]. Alle diese Klagen bedürfen hier keiner weiteren Ausführung, wohl aber die, aus dem Pfandrecht, als einem dinglichen Rechte, entspringende *actio hypothecaria* (von Seiten des Verpächters genannt *Serviana*, sonst aber *quasi Serviana*) [*k*], welche zuweilen auch wohl *pignoratitia* genannt wird [*l*].

§. 664.

Besonders actio hypothecaria.

Die hypothekarische Klage, welcher der Beklagte, wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts, nur durch Zahlung der ganzen Pfandfoderung ausweichen kann [*m*], setzt ein errichtetes Pfandrecht voraus, und geht wider jeden Besitzer auf Herausgabe des, dem Kläger gehörenden Pfandes [*n*]. Als dingliche Klage kann sie, wenn nicht zu-

[*d*] L. 27. de pign. act. (13. 7.) L. 2. C. si pignus pignori (8. 24.) L. 2. 3 4. C. si vendito pignore (8. 30.). Westphal §. 144. 220. 221. 258. Müller ad Leyser Obs. 342. Köchy Meditat. 1. S. n. 17. Glück Comm. 14. B. S. 147—168. A. M. ist F. Alef de usu act. pignor. contra tert. poss. Heidelb. 1751.

[*e*] L. 4. §. 9. fin. regund. (10. 1.).

[*f*] L. 16. de servit. (8. 1.).

[*g*] S. oben §. 574.

[*h*] L. 2. de condict. tritic. (13. 3.) L. 87. de furtis (47. 2.). Voet L. 13. T. 1. §. 3.

[*i*] L. 11. de damn. inf. (39. 2.).

[*k*] §. 7. I. de act. (4. 6.). Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 487—491.

[*l*] L. 41. de pignor. act. (13. 7.) L. 3. §. 3. ad exhib. (10. 4.) L. 9. in fin. L. 13. pr. L. 25. de pignor. act. (13. 7.).

[*m*] L. 11. §. 7. de pign. act. (13. 7.) L. 19. de pign. (20. 1.) L. 1. 2. C. si un. ex plur. her. (8. 32.) L. 16. C. de distr. pign. (8. 28.).

[*n*] L. 13. §. 4. L. 16. §. 5. de pignor. (20. 1.). Lauterbach coll. L. 20. T. 1. §. 76.

gleich eine persönliche Klage damit cumulirt ist, eigentlich nicht alternativ, weder gegen den Schuldner, noch gegen den Dritten, auf Einräumung des Pfandes, oder Bezahlung der Pfandschuld gerichtet werden. Doch läfst man jetzt diese alternative Bitte zu [*o*]. Um aber durchzudringen, mufs der Kläger A) den Grund seines Rechts beweisen. Gegen den Pfandschuldner geschieht diefs durch den Beweis der Verpfändung. Wird aber gegen einen andern Pfandgläubiger oder einen dritten Besitzer geklagt, so unterscheide man, ob der Beklagte die Sache vom Verpfänder des Klägers, oder einer andern Person erwarb. In jenem Fall mufs der Kläger beweisen, dafs ihm die Sache früher verpfändet ward, als der Beklagte darauf vom Verpfänder ein Recht erwarb; im letzten Fall hingegen mufs er beweisen, dafs die Sache im Augenblick, da sie ihm verpfändet ward, dem Verpfänder eigenthümlich gehörte [*p*]. Ferner dürfen B) dem Kläger keine besondern Einreden entgegenstehen. Zu diesen gehört a), und zwar unbedingt von Seiten des Schuldners und eines andern Pfandgläubigers, die Einrede, dafs der Kläger sich zuvörderst an das, ihm neben dem allgemeinen eingeräumte besondere Pfand halten müsse [*q*]; aufserdem kann b) der dritte Besitzer [*], einen einzigen Fall ausgenommen [*r*], verlangen, dafs der Kläger zuvörderst den Hauptschuldner, und dessen Bürgen, oder, wenn das, von einem Bürgen gegebene Pfand verfolgt wird, dafs der Besitzer des, vom Hauptschuldner bestellten Pfandes zuvörderst ausgeklagt werde (*exceptio excussionis*) [*s*], versteht sich, wenn nicht aus besondern Gründen der Fall von der Art ist, dafs überhaupt die Einrede der Excussion nicht stattfin-

[o] Erxleben §. 312. Boehmer de act. Sect. 2. c. 3. §. 8. Wernher lect. comm. L. 20. T. 1. §. 10.

[p] L. 41. de pignor. act. (13. 7.) L. 15. §. 1. L. 18. de pignor. (20. 1.).

[q] S. oben §. 639.

[*] also nicht der blofse Schuldner bey einem verpfändeten nomine, doch ist darüber viel Streit: F. Gesterding über die Schuldverbindlichkeit als Object des Pfandrechts. Greifswalde 1812. S. 56. fgg.

[r] Nov. 112. c. 1.

[s] Nov. 4. c. 2. I. C. Koch de benefic. excuss. tertio hypoth. spec. possessori compet. Giess. 1772. I. I. Schlütter de benef. excuss. poss. hyp. general. et spec. comp. Goett. 1776. Pufendorf T. 3. Obs. 67. Müller ad Leyser Obs. 456. A. M. ist Voet L. 20. T. 4. §. 3.

det [*t*]. Auch der Fiscus mufs sich diese Einrede [*u*], gefallen lassen. Die Einrede der Theilung ist ihm nicht versagt [*x*].

§. 665.

B) Possessorische. Aufserdem hat der Gläubiger possessorische Rechtsmittel aller Art. 1) Die *remedia adipiscendae possessionis* desselben sind das *interdictum Salvianum* (von Seiten des Verpächters) und *quasi Salvianum* (von Seiten andrer Pfandgläubiger) auf Erlangung des Besitzes der Hypothek, jedoch nur gegen den Verpfänder [*y*]. Die Vortheile vor der hypothekarischen Klage liegen hier dann in der summarischen Verfahrungsart. Manche setzen noch ein *Interdictum ex L. 3. C. de pignor.* hinzu [*z*]. Wenn nämlich der Schuldner dem Gläubiger erlaubt hat, sich im Fall unterbleibender Zahlung selbst in den Besitz des Pfandes zu setzen (*pactum de ingrediendo*): so ist ihm freilich die einseitige Besitzergreifung erlaubt; widersetzt sich aber dennoch der Schuldner, so mufs er richterliche Hülfe suchen [*a*]. Hier soll nun jenes Interdict statthinden. Allein das Gesetz verweist ihn in jenem Fall nur auf das Salvianische Interdict [*b*]. 2) Als *remedium recuperandae possessionis* hat er das *interdictum unde vi*, und die *actio spolii* [*c*]; und 3) als *remedium retinendae possessionis* das *interdictum uti possidetis* und *utrubi* [*d*]. Auch des *interdicti quod vi aut clam*, und des *interdicti de precario* kann er sich bedienen [*e*], so wie der *novi operis nunciatio* [*f*].

[*t*] Lauterbach l. c. §. 75.

[*u*] A. M. ist Meifsner von stillschw. Unterpf. §. 111. wegen L. 5. §. 3. de censib. (50. 15.).

[*x*] Denn kein Gesetz nimt ihn von der Regel des §. 227. aus.

[*y*] §. 3. I. de interdict. (4. 15.) L. 1. C. de precar. et salv. interd. (8. 9.). Höpfner Comment. §. 1214. Meifsner §. 44. Ueberh. I. T. Carrach observ. quaedam ad interd. Salvianum. Hal. 1774. I. L. E. Püttmann de interd. Salviano. Lips. 1773.

[*z*] Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 174.

[*a*] Pufendorf T. 2. Obs. 62. Struben 2. B. 32. Bed. 3. B. 57. Bed.

[*b*] Gönner Handb. d. Proc. 4. B. n. 55. §. 38. not. b.

[*c*] L. 1. §. 9. de vi et vi armata (43. 16.).

[*d*] L. 35. §. 1. de pignor. act. (13. 7.).

[*e*] L. 6. §. ult. de precario (43. 26.) L. 11. §. 14. quod vi aut clam (43. 24.).

[*f*] L. 9. de nov. op. nunc. (39. 1.).

§. 666.

V) Erlöschung des P. R.

Das Pfandrecht erlischt, I) wie es sich von selbst versteht, durch Consolidation und Confusion [g]. II) Durch gänzliche Tilgung der Schuld [h], also auch durch privative Novation [i]. III) Durch Ablauf der Zeit, auf welche es bestellt war, selbst in Rücksicht des säumigen Schuldners [k]. IV) Durch gänzlichen Untergang des Objects; doch lebt es mit dessen Restitution wieder auf [l]. Dem gänzlichen Untergange ist die, das Eigenthum aufhebende Specification gleichzusetzen; jedoch entsteht natürlich bey dem Generalpfande in dem Fall, wenn der Schuldner selbst die Specification vornimt, sofort ein neues Pfandrecht [m]. V) Wenn das Recht des Verpfänders an der Sache aufhört, jedoch nicht unbedingt. Man unterscheide: 1) die Sache war nicht Eigenthum des Verpfänders, sondern er hatte nur ein anderes Recht daran. Dann erlischt mit seinem Rechte das Pfandrecht schlechthin [n]. War 2) die Sache sein Eigenthum, so fällt diefs entweder A) auf sein eignes Verlangen zurück: dann bleibt das Pfandrecht gültig [o]; B) oder nicht. Wird alsdann a) das Eigenthum *ex nunc* (§. 579.) widerrufen, so bleibt natürlich das Pfandrecht gültig [p]; wird es hingegen b) durch einen Widerruf *ex tunc* [q], oder überhaupt durch eine, bey Erwerbung desselben gemachte Resolutiv-Bedingung aufgehoben, so erlischt auch das Pfandrecht [r]. Eben diefs geschieht, VI) wenn Pfand-

[g] L. 20. §. 3. L. 24. pr. de pign. act. (13. 7.) L. 9. pr. quib. mod. pign. toll. (20. 6.). W. A. Lauterbach de confusione. §. 47.

[h] L. 5. §. 12. commod. (13. 6.). Averan interpr. L. 2. c. 7. Lauterbach coll. L. 20. T. 3. §. 3—6.

[i] L. 18. de novat. (46. 2.). Meifsner §. 49. a. E.

[k] Erxleben §. 330. A. M. ist Leyser Sp. 234.

[l] L. 13. pr. L. 16. §. 2. L. 29. §. 2. L. 34. L. 35. de pign. (20. 1.) L. 8. pr. h. t. (20. 6.).

[m] L. 18. §. 3. de pign. act. (13. 7.) L. 16. §. 2. de pignor. (20. 1.). Westphal §. 250. Erxleben §. 338.

[n] L. 31. de pignor. (20. 1.) L. 1. C. si pignus pignori (8. 24.). I. P. Trummer de effect. hypoth. post resol. dom. Lips. 1741. §. 12—21. Gmelin de iure pign. vel hyp. quod cred. deb. in re sibi non propr. const. §. 8. 9.

[o] L. 4. §. 3. de in diem addict. (18. 2.) L. 21. §. 1. de aedil. edict. (21. 1.).

[p] Vinnii qu. sel. L. 2. c. 5. Trummer §. 22—37. Gmelin §. 6.

[q] L. 3. quib. mod. pign. (20. 6.).

[r] L. 4. §. 3. de in diem addict. (18. 2.).

gläubiger *edictaliter* geladen sind, und wegen Nichterscheinens präcludirt werden [s]; ferner VII) wenn der Gläubiger die Sache gröblich missbraucht [t]; so wie VIII) wenn er durch Worte oder Werke seinem Recht entsagt [u].

§. 667.

Beschluss. Besonders wichtig ist endlich IX) der Verlust durch Veräusserung des Pfandes, welcher zum Theil auf den Grundsätzen von der stillschweigenden Entsagung beruht. Man sondere hier folgende Fälle: 1) Wenn ein besserer Pfandgläubiger die Sache veräussert, so erlischt dadurch stets das Pfandrecht des schlechteren, nicht aber umgekehrt, sofern nicht jener zugestimmt hat [x]. Gibt 2) der Gläubiger bestimmt und positiv durch Worte oder Werke seine Zustimmung zur Veräusserung, so erlischt es gleichfalls [y]; und eben diess findet im Zweifel statt, wenn er bestimmt zu einer weiteren Verpfändung einwilligt [z]. Es muss aber im ersten Fall die Veräusserung auf die gehörige Weise wirklich erfolgen [a], und das Geschäft muss nicht vor der Erfüllung, oder nachher aus einem, in ihm selbst liegenden Grunde wieder aufgehoben werden [b]. Wird 3) das Pfand ohne Wissen, oder mit Wissen, aber ohne ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Gläubigers vom Schuldner veräussert, so unterscheide man: A) wenn das Pfand ein Stück aus einer Heerde, einem Waarenlager, und einer *universitas* von Sklaven war, so erlischt es unbedingt [c]. B) Gleichfalls unbe-

[s] L. 6. C. de remiss. pign. (8. 26.). Pufendorf T. 1. Obs. 131. Müller ad Leyser Obs. 475.

[t] L. 24. §. ult. de pignor. act. (13. 7.).

[u] L. 3. de pact. (2. 14.) L. 1. §. 1. de liberat. legata (34. 3.) L. 7. C. de remiss. pign. (8. 26.).

[x] L. 1. C. si antiqu. cred. (8. 20.). Voet L. 20. T. 5. §. 11. 12.

[y] L. 4. §. 1. L. 7. pr. L. 8. §. 6. h. t. (20. 6.). C. Thomasius de remiss. pign. vel hypoth. per remiss. debit. et consens. in alienat. Hal. 1713. Püttmann adversar. cap. 7.

[z] L. 12. pr. quibus mod. pign. solv. (20. 6.) vergl. mit L. 12. §. 4. qui pot. in pign. Hofacker T. 2. §. 1227. A. M. ist Beckmann de success. cred. §. 13. Dabelow v. Conc. 1. Aufl. §. 301. Eine Mitteltheorie hat C. Thomasius de remissione tacita pignoris per consensum in novam oppignorationem. Hal. 1715.

[a] L. 8. §. 6. h. t. (20. 6.).

[b] L. 10. eod. L. ult. C. de remiss. pign. (8. 26.).

[c] S. oben die Allegate in not. i. k. zu §. 638.

dingt erlischt es, wenn der Gläubiger arglistig zum Verkauf schweigt [*d*], oder es wissentlich geschehen läfst, dafs der Fiscus das Pfand verkauft [*e*]. Noch eine besondere Ausnahme wird unten (§. 725.) bey dem *beneficio inventarii* vorkommen. C) Für die übrigen Fälle gilt die natürliche Regel: wenn das Pfand ohne Wissen, oder unter Widerspruch des Gläubigers veräufsert wird, so erlischt sein Recht nie; geschah es aber mit Wissen, aber ohne besondere Zustimmung desselben: so erlischt sein Recht nur dann, wenn der Schuldner widerrechtlich, nicht aber wenn er, wo es ihm erlaubt war, das Pfand veräufsert. Weifs man nun, dafs der Schuldner ohne Zustimmung des Gläubigers unbewegliche, und bewegliche generell, nicht aber bewegliche speciell verpfändete Sachen (den Fall unter 3. A. abgerechnet) veräufsern darf: so ergibt sich das Resultat von selbst [*f*].

Zweyte Abtheilung.

Ueber dingliche Rechte, deren Gegenstand eine *universitas* ist.

Einleitung.

Allgemeine Begriffe über das Erbrecht und was damit zusammenhängt.

§. 668.

Begriff des Erben;

Der ganze Inbegriff des, auf einen Andern übertragbaren activen und passiven Vermögens eines Verstorbenen wird Erbschaft (*hereditas*) genannt [*g*]. Ist Jemand zur Erwerbung der ganzen

[*d*] Franzke comm. L. 20. T. 6. n. 44.

[*e*] L. 8. C. de remiss. pign. (8. 26.). Westphal §. 245.

[*f*] L. 1. L. 10. C. eod. L. 12. L. 17. C. de distract. pign. (8. 28.) L. 15. C. de pignor. (8. 14.) L. 3. C. de servo pignori (7. 8.) L. 19. §. 6. L. 66. pr. de furt. (47. 2.). Westphal §. 20 21. A. M. ist H. E. G. Schwabe von dem Nichtrecht der Hypotheken-Veräufserung des Schuldners ohne des Gläubigers Einwilligung. Erfurt. 1806.

[*g*] L. 3. de bonor. poss. (37. 1.) L. 208. de V. S. (50. 16.). Ueberhaupt über die ganze Lehre vom Erbrecht: I. Vasquius de successionibus et ult. voluntat. Frankf. 1677. F. C. A. Lobethan vollst. Abhandlung d. Lehre v. d. Erbfolge. Hal. 1779. L. G. Madihn principia iuris Rom. de success. s. de iure hereditario. Frankf. 1780.

Erbschaft, oder auch nur eines Theils, des activen und passiven Vermögens gerufen, so heifst ein Solcher Erbe [*h*]. Erhält er dieses Ganze, oder diesen Theil so, dafs er sofort nach des Erblassers Tode an dessen Stelle trit, so wird er ein directer Erbe genannt. Empfängt er hingegen das Ganze oder einen Theil erst aus der Hand des directen Erben, so heifst er Fideicommifs-Erbe (*fideicommissarius*), und das, was er erhält, wird, weil es stets, als Inbegriff eines activen und passiven Vermögens, eine *universitas iuris* ausmacht, ein Universal-Fideicommifs genannt [*i*].

§. 669.

des Legatar und Fideicommissar.

Erhält Jemand aus dem Nachlafs des Verstorbenen nur eine einzelne Sache, oder einen Inbegriff einzelner, das Ganze nicht erschöpfender Sachen, ohne in die Verbindlichkeiten des Verstorbenen einzutreten; so wird er *legatarius* und *fideicommissarius singularis* genannt [*k*]. In Betreff der Frage: wodurch sich directer Erbe, Fideicommissar-Erbe, Legatar und *fideicommissarius singularis* im Aeufsern unterscheiden, lassen sich nur folgende Regeln geben: 1) directer Erbe ist jeder, welcher unter dem Namen Erbe, oder unter dem Ausdruck, dafs er eingesetzt werde, gerufen ist [*l*]. 2) Ist dem directen Erben aufgelegt, die ganze Erbschaft zu restituiren, so ist unläugbar ein Universal-Fideicommifs vorhanden. 3) Soll der Erbe, oder ein Andrer einzelne Sachen, oder einen Theil des Ganzen herausgeben, so ist zunächst darauf zu sehen, ob diese Auflage vom Erblasser als absoluter Befehl, oder ob sie als Bitte geschehen ist. In jenem Fall ist ein Legat, in diesem ein Fideicommifs vorhanden, und zwar ein universelles, welches man dann auch Particular-Fideicommifs nennt, wenn ein idealer Theil des Ganzen; ein singulaires, wenn eine einzelne Sache hinterlassen ist [*m*].

[*h*] §. 6. I. de hered. inst. (2. 14.) L. 12. D. eod. (28. 5.) L. un. §. 5. C. de caduc. toll. (6. 51.). Averan interpr. L. 4. c. 4. §. 7. Reichhelm Vers. einer Ausl. dunkler Gesetze, n. 5.

[*i*] §. 2 — 7. I. de fideicomm. hered. (2. 23.).

[*k*] Pr. §. 1. I. de singul. reb. per fideic. (2. 24.) §. 5. I. de fideic. hered. (2. 23.).

[*l*] L. 1. §. 3. 4. de hered. inst. (28. 5.) L. 16. §. 2. L. 61. ad SCt. Treb. (36. 1.).

[*m*] Ulp. Fr. Tit. 24. §. 1. Tit. 25. §. 1. 2. Pauli sent. rec. L. 4. T. 1. §. 6. §. 3. I. de

Sieht man jedoch, dafs der Erblasser bey einem Befehl ein Fideicommifs, und bey einer Bitte ein Legat hat errichten wollen, so kommt jetzt auf die Formel nichts weiter an [*n*]. 4) Ist Jemand auf eine einzelne Sache als Erbe eingesetzt, und sind neben demselben andre Erben zu einem idealen Theil des Ganzen gerufen: so wird jener, ungeachtet des Ausdrucks, in allen Rücksichten als Legatar behandelt [*o*]. Uebrigens ist noch zu bemerken, dafs der, welcher ein Fideicommifs errichtet, *fideicommittens*, der, welcher es geben soll, *fiduciarius*, und der, welcher es erhält, *fideicommissarius* genannt wird.

§. 670.

Fortsetzung. Die Lehre von Legaten und *fideicommissis singularibus* gehört, weil bey ihnen kein Eintritt in eine *universitas*, oder das active und passive Vermögen geschieht, eigentlich nicht unter die Rubrik der dinglichen Rechte, deren Gegenstand eine *universitas* ist. Da aber jene Lehre mit den Grundsätzen vom Erbrecht aufs genaueste verbunden ist, und da sehr viele Grundsätze gemeinschaftlich vom Erbrecht und von Legaten gelten: so mufs sie mit unter der Rubrik vom Erbrecht befafst werden.

§. 671.

Erwerb, Anfall der Erbschaft. Man mufs bey der Erbfolge den Anfall (*delatio*) der Erbschaft, d. h. wenn bis auf das letzte Factum des Erwerbes derselben alle Bedingungen zum Erwerbe vorhanden sind, und den Erwerb (*acquisitio*) derselben, wenn das Eigenthum der Masse auf den Erben übergegangen ist, wohl von einander unterscheiden [*p*]. Der letzte geschieht entweder *ipso iure*, nämlich von Seiten der, zunächst unter der väterlichen Gewalt befindlichen Kinder, welche insofern

sing. reb. per fid. (2. 24.) L. 61. ad SCt. Treb. (36. 1.). Duaren oper. p. 1063. c. 9. Vinnius ad §. ult. I. eod. Faber err. pragm. Dec. 50. Err. 1.

[*n*] L. 2. C. commun. de legat. (6. 43.).

[*o*] L. 13. C. de hered. inst. (6. 24.). Faber err. pragm. Dec. 13. E. 5. Giphanius explanat. LL. diff. C. ad L. 13. C. cit. Das gerade Gegentheil behauptet Hennemann Unters. zweyer Rechtsfragen: 1) ob ein in re certa eingesetzter Erbe etc. Schwerin 1790. Eine Mitteltheorie hat Leyser Sp. 361. m. 9. Noch andre Ideen s. in Fachinei controv. L. 4. c. 15.

[*p*] L. 151. de V. S. (50. 16.).

sui heredes heifsen; oder erst durch eine Willenserklärung, in welchem Fall der Erbe *heres extraneus* genannt wird [q]. Vor dem Tode des Erblassers findet nach Römischem Recht nie eine Delation der Erbschaft statt [r].

§. 672.

Arten des Anfalls.

Die Delation der Erbschaft geschieht nach Römischem Recht entweder durch eine testamentarische Disposition des Erblassers, oder nach gesetzlicher Vorschrift (*ab intestato*). Eine Delation durch Verträge war den Römern im Ganzen unbekannt. Nach Deutschen Rechtsgrundsätzen werden aber alle Arten der Erbverträge für verbindlich gehalten. Es gibt nun also drey Arten der Erbfolge: die testamentarische, die Intestat-Erbfolge, und die vertragsmäfsige.

§. 673.

Ihr Verhältnifs.

Die testamentarische schliefst die Intestat-Erbfolge aus [s], und Niemand kann es gebieten, dafs der, im Testament keinem Erben angewiesene Theil der Erbschaft, dem testamentarischen Erben nicht zufallen solle [t]. Ist daher ein Theil der Masse vom Testator nicht vertheilt, so wird er dem testamentarischen Erben zugelegt, und zwar, wenn nur Ein Erbe da ist, welchen man dann *heres ex asse* nennt [u], diesem allein, sonst aber jedem verhältnifsmäfsig [x]. Aus eben diesen Gründen wächst denn auch die Portion eines ausfallenden Erben den übrigen zu. Diese, auch bey der Intestat-Erbfolge stattfindende, und unten (§. 843. fgg.) genauer zu erörternde Vermehrung eines

[q] §. 3. I. de hered. qualit. et different. (2. 19.) §. 2. §. 8. I. de hered. quae ab intest. (3. 1.) L. 14. de suis et legit. (38. 16.). Averan interpr. L. 1. c. 9.

[r] L. 1. de hered. vel act. vend. (18. 4.) L. 25. §. 6. L. 27. L. 52. de acquir. vel om. her. (29. 2.).

[s] L. 39. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

[t] §. 5. I. de hered. inst. (2. 14.) L. 7. de R. I. (50. 17.). Die Gründe sind streitig: Markart interpr. L. 2. c. 24. Bach de iure accresc. §. 3. C. G. Haubold de caussis cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788. Zachariä über die wissensch. Beh. d. R. R. S. 28. fgg.

[u] F. N. Volkmar Erläut. der Begriffe: Erbschaft ex asse, ex parte, und successio titulo universali und singulari. Bresl. 1785.

[x] L. 1. §. 4. L. 9. §. 12. de hered. inst. (28. 5.). Das Weitere darüber unten §. 843. 844.

Theils durch den Ausfall eines Andern wird das **Anwachsungsrecht** (*ius accrescendi*) genannt [y].

§. 674.

Civil- und prätorische Erben.

Die Grundsätze über das Erbrecht waren bey den Römern nach Verschiedenheit der Legislationen sehr von einander abweichend. Das prätorische Edict gab nämlich vielen Personen ein prätorisches Erbrecht (*bonorum possessio*), welche es nach der Strenge des Civil-Rechts nicht hatten [z], und ertheilte die Rechte des prätorischen Erben, wegen der besondern Vortheile der *bonorum possessio* [a], selbst manchen Personen, welche schon nach dem Civil-Recht succediren konnten [b]. Daher die Eintheilung in *bonorum possessio necessaria* und *utilis*. Zuweilen ertheilte der Prätor unter dem Namen der *bonorum possessio* nur einen interimistischen Besitz, aber kein Erbrecht, womit denn also auch die, dem Erben zustehenden petitorischen Rechtsmittel nicht verknüpft waren [c]. Dieser interimistische Besitz hieſs denn auch *bonorum possessio*; aber irrig nennt man ihn oft *bonorum possessio decretalis*, und im Gegensatz davon die *bonorum possessio*, welche ein Erbrecht ertheilt, eine *edictalis*. Denn diese Eintheilung findet bey beiden Arten statt, und bezieht sich nur darauf, ob die Einweisung mittelst feierlicher Untersuchung und eines darauf folgenden Decrets geschieht, oder nicht [d]. Ertheilt die *bonorum possessio* ein Erbrecht, so sind die zwey Fälle denkbar: sie ertheilt die Erbrechte widerruflich bis dahin, daſs ein besserer Erbe von

[y] L. 31. L. 53. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.) L. 12. de bon. poss. contra tab. (37. 4.).

[z] S. überh. Maranus paratitla ad Pand. L. 37. T. 4. fgg. I. F. de Retes advers. scholast. ad Tit. D. de b. p. c. t. (Meermann Th. T. 6.). H. Donell comm. ad Tit. C. de B. P. (in op. posth.). Koch bonorum possessio. Gieſs. 1789.

[a] S. davon unten die Lehre von der Art der Erwerbung, §. 716. fgg. und der Verjährung, §. 1044.

[b] §. 1. I. de bon. poss. (3. 10.).

[c] L. 3. §. 13. de carbon. edict. (37. 10.). Erst abweichend, dann aber gleichdenkend, ist Glück Comm. 7. B. S. 501. 502. 8. B. S. 19.

[d] L. 5. L. 14. §. 1. de B. P. c. t. (37. 4.) L. 4. de coniungendis (37. 8.) L. 1. §. 1. ad SCt. Tert. (38. 17.) vergl. mit L. 3. §. 3. 4. 13. L. 10. de carbon. edict. (37. 10.) L. 1. §. 1. 14. L. 7. §. 1. de ventre (37. 9.). Zum Theil abweichend ist v. Löhr in Grolmann Magaz. 2. B. 3. 4. St. S. 437—450., ganz aber Koch a. a. O. §. 6.

seinem Recht Gebrauch macht (*sine re*), oder unwiderruflich (*cum re*) [e]. Später gaben selbst die Kaiser in manchen Fällen gegen die Strenge des Civil-Rechts ein, dem prätorischen analogisches Erbrecht unter dem Namen der *bonorum possessio*. Diefs nennt man *bonorum possessio extraordinaria*, und dagegen die prätorische *ordinaria*. Hienach ist nun das ganze System dieses: die *bonorum possessio* ist entweder I) *extraordinaria* [f], oder II) *ordinaria*. Die letzte ertheilt entweder 1) nur einen vorläufigen Besitz [g], oder 2) wirkliche Erbrechte. Wird die letzte ertheilt, so geschieht diefs entweder A) in dem Fall, wenn kein Testament existirt, oder die Succession ohne Rücksicht auf ein existirendes Testament erfolgt: dann heifst sie *b. p. ab intestato*, und in einem gewissen Fall *bonorum possessio litis ordinandae gratia* [h]; oder B) wenn ein Testament existirt. Wird hier a) ein, nach der Strenge ungültiges, schriftliches oder mündliches Testament erhalten, oder (welches immer erlaubt ist) aus einem gültigen Testament ein prätorisches Erbrecht ertheilt: so heifst diefs *b. p. secundum tabulas*, oder *secundum nuncupationem* [i]; wird b) dagegen ein, nach der Strenge gültiges schriftliches oder mündliches Testament umgestofsen, so heifst diefs *b. p. contra tabulas* oder *contra nuncupationem* [k]. Da nach den neueren Vorschriften des Justinianeischen Rechts die Lehre von der *bonorum possessio* nur einzelne Modificationen des Civil-Rechts enthält, so kann nun in einem System des geltenden Rechts die Lehre von der *bonorum possessio* nicht mehr in einer abgesonderten Darstellung dem Civil-Recht entgegengestellt werden, sondern man mufs die einzelnen, dahin gehörigen Bestimmungen, sowohl was die einzelnen Arten [l], als auch die Annahme (*agnitio*) und Wirkungen derselben, und insbe-

[e] Ulp. Fr. Tit. 23. §. 6. Tit. 28. §. 13.

[f] Die hieher gehörigen Fälle s. §. 717.

[g] Die Fälle s. §. 718. 821.

[h] S. darüber §. 679. 689. 818.

[i] L. 8. §. 4. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). Die einzelnen Fälle finden sich in §. 691. 740. 794. 803. 805. 815. 820. 824. 827. Dafs auch aus einem gültigen Testament stets b. p. s. t. gegeben wird, beweist pr. I. h. t. (3. 10.).

[k] L. 1. C. de b. p. c. t. (6. 15.). Die Fälle s. unten §. 740. 815. 816. 817. 820.

[l] S. die vorigen Noten.

sondere die daraus entspringenden Klagen betrifft [*m*], theilweise mit dem ganzen System verbinden. Nur die, aus allgemeinen Grundsätzen (§. 37. fgg.) von selbst folgende Bemerkung verdient hier noch einen Platz, daſs die Agnition der *bonorum possessio* dem prätorischen Erben auch noch jetzt, selbst dann, wenn neuere Civil-Gesetze ihn zur Erbschaft rufen, zu gestatten ist; es sey denn, daſs daraus ein Widerstreit mit den Vorschriften des neueren Civil-Rechts entspränge [*n*].

§. 675.

Transmission. Nach diesen Vorbegriffen kann hier zum Beschluſs noch die, zur Verständlichkeit vieler der folgenden Sätze erfoderliche Lehre von der Transmission gehörig erörtert werden. Man bemerke: A) wird der Erbe wirklich Nachfolger des Erblassers, so versteht es sich, daſs er die erworbene Erbschaft weiter auf seine Erben transferirt, also auch, wenn er sie als *suus ipso iure* nach dem Civil-Recht erwarb [*o*], welches man die *transmissio ex iure suitatis* nennt. B) Das Recht, die, einem Verstorbenen zur Erwerbung angefallene Erbschaft an dessen Stelle zu erwerben (eigentliche *transmissio*), findet in der Regel nicht statt [*p*]; doch ist die Antretung und Agnition dem Erben des Erben erlaubt, a) wenn der Erblasser desselben durch eine rechtliche Nothwendigkeit [*q*], oder b) durch factische Unmöglichkeit, also z. B. durch Abwesenheit in Angelegenheiten des Staats daran gehin-

[*m*] S. §. 716—718. 738.

[*n*] §. 4. I. h. t. (3. 10.). S. Stryk de successione praetoria hodiernum necessaria. Frkf. ad V. 1683. (in dessen Successio ab intest. Diss. 9.). Koch §. 30.

[*o*] L. 7. §. 1. de acquir. vel om. hered. (29. 2.) L. 1. §. 8. de collat. bonor. (37. 6.) L. 3. C. de iure delib. (6. 30.). Ueberh. I. H. Berger de transmiss. hered. Vit. 1688. Hellfeld de transmiss. iuris succed. (op. n. 19.). I. C. Koch de herede deliberante. Giess. 1783. A. F. S. Green de transmissione hereedit. delatae non aditae. Lips. 1792. Siebenkees Magaz. I. B. n. 19. Meine Versuche 2. B. n. 7. verglichen jedoch mit Meiner Schr. über Bes. und Verj. S. 164. not. 2.

[*p*] L. un. §. 5. C. de caduc. toll. (6. 51.). Wer vor dem Anfall stirbt, transmittirt nie etwas auf seine Erben. §. 2. I. quib. mod. testam. infirm. (2. 17.).

[*q*] L. 3. §. 30. L. 4. de SCt. Silan. (29. 5.) L. 4. §. ult. L. 5. de bon. poss. contra tab. (37. 4.) L. 12. de carbon. edicto (37. 10.).

dert ward [r], welches denn auf alle Fälle auszudehnen ist, wo der Abwesenheit wegen (nach §. 1013. 1047.) restituirt wird [s]. Man nennt diefs *transmissio ex capite restitutionis in integrum* [t]. Endlich kann c) der Vater die, seinem, in der Kindheit stehenden Haussohn zugefallene Erbschaft, deren Antretung er versäumte, nach dem Tode des, als Kind gestorbenen Sohnes für sich antreten oder agnosciren [u], daher die sogenannte *transmissio ex capite infantiae* [x]. C) In den übrigen Fällen wird das Recht der Agnition nicht transferirt [y]; der Civil-Erbe überträgt aber ausnahmsweise noch in einigen Fällen das Antretungsrecht auf seine Erben, nämlich a) durch die *Transmissio Theodosiana*, wenn seine Descendenten ihn beerben, und ein Ascendent ihn im Testament einsetzte [*], jedoch mufs er *ante apertas tabulas* gestorben seyn [**], d.h. nach des Erblassers Tode, vor solenner Eröffnung des Testaments [z]; und b) durch die *Transmissio Justinianea*. Diese setzt voraus, dafs der Erbe den Anfall der Erbschaft erfuhr [a]. Stirbt er dann innerhalb eines Jahrs vom Augenblick der Wissenschaft, ohne sich erklärt zu haben, so kann der Erbe desselben in der noch von jenem Jahr übrigen Zeit an seiner Stelle

[r] L. 84. L. 86. pr. de acquir. vel om. her. (29. 2.).

[s] A. M. sind Viele. Cuiac ad L. 86. cit. Oddus de rest. in integr. P. 1. qu. 50. n. 70. Müller ad Leyser Obs. 571.

[t] C. A. Beck de emendat. iur. Rom. in quibusdam causs. succ. Ien. 1729. §. 24. fgg.

[u] L. 18. C. de iure delib. (6. 30.).

[x] F. C. Harprecht de transmiss. hered. a persona extranea infanti delata. Tub. 1688. (Diss. acad. n. 47.). Nach Nov. 118. c. 2. hätte sie Justinian eigentlich aufheben sollen.

[y] L. 3. §. 7. 9. L. 4. 5. de bon. poss. (37. 1.) L. 4. C. qui admitti ad bon. poss. (6. 9.).

[*] L. un. C. de his qui ante apert. tab. (6. 52.). Viele dehnen diefs auf die Intestaterbfolge aus. C. J. J. W. Bisdom de transmiss. hered. Lugd. Bat. 1802. p. 17. Glück v. d. Intest. Erbf. S. 263. 264.

**) Gewöhnlich nimt man dasselbe auch bey dem Tode post apertas tabulas an, mit Cuiac. parat. ad C. L. 6. T. 52.

[z] F. A. Niemeyer de transmissione Theodosiana. Hal. 1812. p. 31—33. A. M. ist Hugo Pandekten §. 105. Allein s. L. un. §. 2. in fin. §. 5. C. de caduc. toll. (6. 51.).

[a] Koch l. c. §. 14. not. d. Glück v. d. Intestat-Erbfolge §. 23. S. 66. 67. A. M. ist Müller l. c. Niemeyer l. c. p. 14. 15. Der Streit ist indefs reiner Wortstreit, wenn man allgemein eine transmissio ex capite rest. in integrum annimt, oder diese nun mit der Iustinianea verschmilzt.

antreten [b]. Ein vertragsmäſsig erworbenes Recht auf eine Erbschaft wird aber immer transferirt [c].

Erstes Capitel.

Ueber Erbschaften.

Erste Unterabtheilung.

Ueber die Delation der Erbschaften.

Erster Titel.

Ueber die vertragsmäſsige Erbfolge.

§. 676.

Arten der Erbverträge.

Um die wesentlichen Grundsätze der Delation einer Erbschaft durch Erbverträge (wovon die Frage: inwiefern man über eine erworbene Erbschaft disponiren kann [d], ganz verschieden ist) einzusehen, muſs man sich zuvörderst mit den Arten der Erbverträge bekannt machen [e]. Die Erbverträge im allgemeinsten Sinn sind entweder I) *singularia*, wenn sie bloſs einzelne Theile des Activ-Vermögens betreffen, oder II) *universalia*, wenn sie Nachfolge in Activ- und Passiv-Vermögen bezwecken. Im letzten Fall können sie eingegangen werden 1) über die Erbschaft eines der Paciscenten. Von dieser Art sind A) die *pacta affirmativa*, wenn sie Jemandem Ansprüche auf ein Erbrecht im Vermögen eines der Paciscenten geben. Diese sind nun wieder a) *acquisitiva*, wenn der eine Paciscent sich ein, ihm an sich nach des Mitpaciscenten Tode nicht zustehendes Erbrecht an dessen Vermögen bedingt; b) *conservativa*, wenn er sofort durch den Vertrag ein, ihm erst nach des andern Paciscenten Tode zustehendes Erbrecht erwirbt; c) *restitutiva*, wenn man verspricht, eine, von dem

[b] L. 19. C. de iure delib. (6. 30.).

[c] Hellfeld l. c. §. 6.

[d] S. darüber unten §. 736.

[e] S. überh. A. Contius Tr. de pactis futurae successionis. Biturig. 1571. I. F. Rivinus de pactis successoriis. Lips. 1730. u. 1746. I. P. de Ludwig different. iur. R. et Germ. in pactis de superstitis heredio. Hal. 1741. A. F. Henstreit vindiciae veri valoris pactorum successoriorum. Erf. 1768. Leyser Spec. 43. 44.

Andern bedungene Erbschaft wieder abzutreten, oder sein eignes Vermögen einem Dritten zu hinterlassen; oder B) *renunciativa*, wenn man der Erbschaft des Andern entsagt. Aufserdem können sie aber auch 2 über die Erbschaft eines Dritten eingegangen werden. Dann heifsen sie *dispositiva*.

§. 677.

DerenKraft. Nach R. R. Das Römische Recht verbietet, als den guten Sitten widerstreitend [*f*], fast alle *pacta universalia*, während es die *singularia* unbedingt gestattet [*g*]. In Ansehung der ersten unterscheide man: 1) die *pacta acquisitiva* sind völlig unwirksam [*h*], und daher auch die *conservativa* [*i*]. Die *restitutiva*, sofern sie einem Paciscenten ein Erbrecht geben sollen, sind aus demselben Grunde nichtig, womit denn auch das Nebenversprechen über die Restitution nichtig wird; sofern sie hingegen die Ueberlassung der Erbschaft des Promittenten an einen Dritten bezwecken, müssen sie gleichfalls, als Verträge zum Vortheil eines Andern (§. 160.), hinfällig seyn. Hat aber der, welcher die Restitution des Ererbten verspricht, auf dieses Ererbte ohne Vertrag ein Recht, so kann das Versprechen der Restitution als letzter Wille gelten [*k*]. 2) Die *pacta renunciativa* haben gleichfalls keine Kraft [*l*]. 3) Die *pacta dispositiva* sind wirksam, wenn sie über die Erbschaft eines unbekannten Dritten, oder über den Nachlafs eines bestimmten Dritten, welcher den Vertrag genehmigt, und seine Genehmigung nicht widerruft, eingegangen werden [*m*].

[*f*] L. 61. de V. O. (45. 1.) L. 4. C. de inutil. stip. (8. 39.) vergl. mit C. H. Rheinwald (praes. I. Malblank) de caussis improbati pacti hereditarii ex iure Rom. Tub. 1798. Hübner u. Tittmann Biblioth. 2. B. 2. St. S. 202. Schöman Handb. 2. B. S. 179 — 188.

[*g*] S. unten die Lehre v. d. donatio mortis caussa, und Rheinwald l. c. §. 51 — 62.

[*h*] L. 61. de V. O. (45. 1.) L. 15. C. de pact. (2. 3.) L. 25. 34. C. de transact. (2. 4.) L. 4. C. de inutil. stipul. (8. 39.) L. 5. C. de pact. convent. super dote (5. 14.).

[*i*] Hebenstreit l. c. cap. 3. §. 26.

[*k*] L. ult. C. de fideic. (6. 42.). Hebenstreit l. c. §. 29 I. H. Boehmer de fundamento pactorum familiae ad fideicommissum inclinantium (Exerc. T. 2.) cap. 1. Rheinwald l. c. §. 35 — 38.

[*l*] L. ult. de suis et legit. (38. 16.) L. 35. §. 1. C. de inoffic. test. (3. 28.) L. 3. C. de collat. (6. 20.).

[*m*] L. 3. §. 1. 2. L. 73. pro

§. 678.

Nach Kanon. und Deutschem Recht.

Nach Kanonischem Recht gelten alle eidlich bestärkten Erbverträge unbedingt [n]. Mehr ändert das gemeine Recht nicht an den Grundsätzen der Römer. Allein eine entschiedene Deutsche Praxis hat von jeher die Regel angenommen, daſs alle Erbverträge unbedingt (also auch die *dispositiva* ohne Zustimmung des Dritten) gelten, und zwar ohne alle Form (*pacta simplicia*), wiewohl man sie auch in die Römische Testamentsform einkleiden kann (*pacta mixta*) [o]. Das weitere Detail über diese Materie muſs hier aber für die Vorlesungen über das Deutsche Recht ausgesetzt bleiben.

Zweyter Titel.

Ueber die Intestat-Erbfolge.

§. 679.

1) Allgemeine Grundsätze.

Die Intestat-Erbfolge [p] gründet sich entweder auf Verwandtschaftsverhältnisse (*s. ab int. ex iure sanguinis*), oder auf andere besondere Gründe (*s. ab int. ex speciali fundamento*). Die erste Successions-Art hat bey den Römern viele Veränderungen erlitten. Nach dem ältesten Civil-Recht erbten nur Familien-Glieder im strengeren Sinn nach drey Classen (*ordines*); nämlich zuerst die, unmittelbar unter der Gewalt des Erblassers befindlichen Nachkommen, dann die nächsten Agnaten, und wenn überhaupt keine Agnaten da waren, die Gentilen [q]. Dabey fand aber keine *successio ordinum* statt, d. h., wenn in der vorgehenden Classe einer erbfähig war, und nicht erben wollte, so rückte nicht die folgende Classe ein; und eben so wenig galt dabey eine *successio*

soc. (17. 2.) L. ult. C. de pact. (2. 3.).

[n] cap. 2. de pact. in 6. (1. 18.).

[o] Hofacker princ. R. G. T. 2. §. 1402. I. G. Roessing de pact. successor. sec. princ. iur. hodierni Goett. 1799.

[p] S. darüber überhaupt: S. Stryk de succ. ab int. Ed. 3. Frkf. 1697. A. Rötgersii C. de successione legitima, inprimis secund. Nov. 118. (in eius apod. demonstr. V. 1. L. 1.). I. C. Koch successio ab intest. civ. Giess. 1798. Besonders C. F. Glück Hermen. syst. Erört. d. Lehre v. d. Intestaterbfolge. Erlang. 1803.

[q] S. Inst. L. 3. T. 1. fgg. Glück §. 46—60.

graduum, d. h., wenn in einer Classe die vorgehende Person die Erbschaft ausschlug, so kam nicht die folgende Person dieser Classe an die Reihe [r]. Neuere Civil-Gesetze gaben auch, unter Beschränkungen, der Mutter und den Kindern gegenseitig ein Erbrecht [s], so wie den, durch ein Rescript, unter Vorbehalt der Familien-Rechte, emancipirten Kindern, und manchen andern Cognaten [t]. Weiter ging der Prätor, indem er unbedingt die emancipirten Kinder, entfernte Agnaten, Cognaten und Ehegatten zur Succession rief. Das Edict theilte die Erben, so wie es nach Justinians früherer Vorschrift beybehalten ist [u], in vier Classen. In der ersten (*ex edicto unde liberi*) wurden die Descendenten gerufen, welche ohne geschehene Emancipation *sui* seyn würden, so wie die *sui* selbst [x]; in der zweyten (*ex edicto unde legitimi*) alle, durch das ältere und neuere Civil-Recht erbfähig erklärten Agnaten und Cognaten, also auch die Kinder, insofern sie in der ersten Classe von ihrem Recht keinen Gebrauch gemacht hatten, und zwar vor allen [y]; in der dritten Classe (*ex edicto unde cognati*) folgten zuvörderst die, welche in der ersten und zweyten Classe ihr Erbrecht aufgegeben, oder zu agnosciren unterlassen hatten, und alle andern Agnaten und Cognaten bis zum sechsten, oder wenn sie von Geschwister-Kindes-Kindern abstammten, bis zum siebenten Grade [z]. Nach allen, hier genannten Blutsfreunden wurden (*ex edicto unde vir et uxor*) Ehegatten gerufen [a]. Dabey wurde durch ein eignes Edict (*edictum successorium*) für jene Classen eine *successio ordinum*, und für die dritte Classe zugleich eine *successio graduum* bestimmt [b], welche denn auch für die zweyte Classe anzunehmen war, nachdem die Agnaten durch die Institutionen [*]

[r] Glück §. 41. 45. 83. 84.

[s] Tit. I. de SCt. Tert. (3. 3.) Tit. I. de SCt. Orphit. (3. 4.). Glück §. 60. 63.

[t] L. 11. 12. 15. C. de legit. hered. (6. 58.).

[u] §. 4. I. de bon. poss. (3. 10.).

[x] §. 9. I. de hered. quae ab intest. (3. 1.) L. 1. §. 6. L. 5. §. 1. L. 6. si tabulae test. nullae (38. 6.).

[y] L. 2. pr. §. 4. L. 3. unde legitimi (38. 7.). Glück §. 77. 78.

[z] §. 5. I. de success. cognat. (3. 5.) L. 1. §. 3. unde cognati (38. 8.).

[a] Tit. P. unde vir et uxor (38. 11.).

[b] Tit. P. de successor. edict. (38. 9.). I. T. Seger de successor. edicto. Lips. 1769. Glück §. 82—85.

[*] §. 7. I. de leg. agn. succ. (3. 2.).

die *successio graduum* erhalten hatten. Endlich machte Justinian in den Novellen die durchgreifende Vorschrift, daſs alle Verwandten bis ins Unendliche nach vier Classen, (von denen die zweyte wieder Unter-Classen enthält), mit voller *successio ordinum* und *graduum*, erben, und daſs die Cognaten mit den Agnaten völlig gleiche Rechte haben sollen [*c*].

§. 680.

Fortsetzung. In Rücksicht der jetzigen Intestat-Erbfolge sind noch folgende allgemeine Grundsätze zu merken: 1) Die Intestat-Erbfolge setzt voraus, daſs gar kein, oder kein gültiges, oder gültig bleibendes Testament vorhanden ist [*d*]. 2) Die Blutsfreunde gehen in der Regel den, aus andern Gründen Succedirenden vor. Collidiren Blutsfreunde, so schlieſst die vorgehende Classe die folgende aus. Die Concurrenten in Einer Classe kommen alle zur Perception, wenn sie nicht durch einen, in der Mitte stehenden, oder, wie es bey Ascendenten, und Verwandten der vierten Classe der Fall ist, durch einen näheren Verwandten ausgeschlossen werden. Fällt der, welcher einen Andern in derselben Classe ausschlieſst, nach der Delation der Erbschaft weg, so kann der Ausgeschlossene, sofern in Rücksicht seiner keine Transmission (§. 675.) eintrit, nicht an die Stelle des Wegfallenden einrücken, wenn neben demselben noch andre Erben gerufen wurden, vielmehr fällt die offen werdende Portion durch das Anwachsungsrecht (§. 673.) an diese Miterben. Sind aber keine solche da, so geht der ausgeschlossene Entferntere den Personen der folgenden Classe vor [*e*]. 3) Die Vertheilung geschieht entweder nach Köpfen (*in capita*), wenn so viel Theile (*portiones viriles*) gemacht werden, als Personen da sind, wo denn der Kopftheil nach Umständen auch ein Ganzes betragen kann, oder nach Linien bey Verwandten in aufsteigender Linie, wenn das Vermögen, ohne Rücksicht auf die Zahl der Ascendenten, denen, welche in verschiedenen Linien stehen, nach der Zahl der Linien so zugetheilt wird, als ob sie Eine Per-

[*c*] Nov. 118.

[*d*] pr. I. de hered. quae ab intestat. (3. 1.) L. 6. §. 1. de inoff. test. (5. 2.) L. 8. C. commun. de success. (6. 59.). Koch l. c. auctuar. I. Glück §. 8.

[*e*] L. 12. de bon. poss. contra tab. (37. 4.) Nov. 118. c. 1. 2. 3. Glück §. 92. 93.

son wären; oder nach Stämmen (*in stirpes*), wenn den Descendenten einer Person nur das, was die letzte würde erhalten haben, gegeben wird; oder endlich nach einem andern Maafsstabe [*f*]. 4) Mehrfache Verwandten erhalten nach Vielfachheit des Bandes eine vielfache Portion [*g*], nur nicht der, vom Vater wieder arrogirte emancipirte Sohn [*h*], auch nicht solche Verwandten, deren Theile die Gesetze nach Kopfzahl bestimmen [*i*]. 5) Die Vererbung der Immobilien geschieht, zufolge der Praxis, nach den Gesetzen des Orts, wo sie liegen; der übrigen Sachen nach den persönlichen Statuten des Erblassers [*k*].

§. 681.

II) Successions-Art, 1) der Blutsfreunde. Erste Classe.

Von den Blutsfreunden succediren in der ersten Classe die erbfähigen Descendenten, mit Ausschlufs aller andern Personen, bis ins Unendliche, sofern zwischen ihnen und dem Verstorbenen kein näherer in der Mitte steht [*l*]; mithin fällt nun auch die Vorschrift des prätorischen Rechts, dafs die nicht emancipirten Grofssöhne des, vom Grofsvater emancipirten Sohnes, bey der Beerbung des Grofsvaters mit ihrem Vater theilen sollen [*m*], von selbst weg [*n*]. Auch nachgeborne Kinder gehören dahin; nur müssen sie nicht nach dem Tode des Erblassers concipirt gewesen seyn [*o*]. Der Satz, dafs der Descendent alle Andern ausschliefst, leidet jedoch die beiden Ausnahmen, dafs der Vater den, ihm an dem Vermögen des Verstorbenen zugestandenen Niefsbrauch lebenslänglich behält, und den Niefsbrauch

[*f*] Z. B. L. 7. C. ad SCt. Tertull. (6. 56.) Nov. 117. c. 5. In den Worten abweichend ist Glück §. 29—33.

[*g*] Koch succ. ab intest. Auct. 3. auch den Anhang: Grundlinien einer neuen Theorie v. d. Succession mehrfacher Verwandten.

[*h*] L. 23. pr. de lib. et posth. (28. 2.). Glück §. 34.

[*i*] Glück §. 35.

[*k*] S. oben §. 36. Glück §. 42. 43. S. dagegen: Martin Rechtsgutachten und Entscheidungen des Spruch-Collegii zu Heidelb. 1. B. S. 175. fgg.

[*l*] Nov. 118. c. 1.

[*m*] Tit. P. de coniungend. cum emanc. lib. (37. 8.).

[*n*] Koch bonorum possessio. S. 185. 186. A. M. ist Voet L. 37. T. 8. §. 2.

[*o*] L. 30. §. 1. de acquir. vel om. her. (29. 2.) L. 6. 7. de suis (38. 16.) §. 8. I. de her. quae ab intest. (3. 1.). A. M. ist für jetzt Glück Intest. Erbf. S. 277. 278.

einer Viril-Portion empfängt, wenn seine von der väterlichen Gewalt befreyten Kinder ihre Mutter beerben [*p*].

§. 682.

Fortsetzung. Nicht alle Descendenten aber sind erbfähig. Man bemerke: I) Ehelich geborne Kinder succediren ihren Aeltern unbedingt, sie seyen noch unter der Gewalt, oder nicht [*q*]. Die, aus einer putativen Ehe, welcher man die Nothzucht nicht gleichsetzen kann [*r*], erzeugten Kinder sind den ehelichen gleich [*s*], und nach der unrichtigen Meynung Vieler auch Brautkinder [*t*]. II) Vollkommen legitimirte sind wie eheliche zu behandeln, selbst in der Regel die, durch ein Rescript beym Leben ihres Vaters vollkommen legitimirten [*u*]. III) Von den angenommenen Kindern erben die, von einer Frau, oder von einem Mann *minus plene* adoptirten nur der adoptirenden Frau, und dem adoptirenden Mann [*x*]; *plene* adoptirte und arrogirte hingegen dem Adoptiv-Vater und was demselben gleich ist, nämlich dem Kinde, welches sich ein Kind als das seinige annehmen liefs, so wie des annehmenden Vaters Agnaten in aufsteigender Linie [*y*]. Solange diese Adoptions-Verhältnisse dauern, succedirt das Kind seiner natürlichen Mutter unbedingt [*z*], auch dem natürlichen Vater, wenn es *minus plene* und von einer Frau adoptirt ist [*a*], welches jetzt auch in Ansehung des *plene adoptatus*, und des Arrogirten stattfindet [*b*]. Wird der Adoptirte emancipirt, so hören die, ihm als solchem zugestandenen Erbrechte auf, den einzigen Fall, da die *quarta D. Pii* gefodert werden kann, ausgenommen [*c*]. IV) Von den unehelichen Kindern beerben 1)

[*p*] Nov. 118. c. 1. vergl. mit L. 1. L. 3. C. de bonis matern. (6. 60.). Glück §. 95 E. Schrader Abhandl. aus dem Civilrecht. 1. B. n. 4.

[*q*] Nov. 118. c. 1.

[*r*] Glück pag. 327.

[*s*] Glück §. 98.

[*t*] Glück §. 97.

[*u*] S. Nov. 89. c. 4. auch oben §. 486. und auch noch Glück §. 102.

[*x*] L. 5. L. 10. §. 1. C. de adopt. (8. 48.).

[*y*] L. 10. pr. §. 5. C. eod. §. 2. 14. I. de hered. quae ab intest. (3. 1.) L. 23. de adopt. (1. 7.) L. 11. §. 2. de B. P. s. t. (37. 11.), verglichen mit dem alten Recht in L. 26. de adopt. (1. 7.) L. 7. L. 10. §. 8. de in jus voc. (2. 4.) und den Principien des neuesten Rechts über Beybehaltung der Agnationsrechte nach aufgehobener Gewalt.

[*z*] L. 10. §. 1. C. l. c.

[*a*] L. 10. §. 2. C. l. c.

[*b*] L. 10. §. 1. 5. C. l. c. vergl. mit Nov. 118. Glück §. 111.

[*c*] S. oben §. 490. 491.

die, aus einer natürlichen Blutschande erzeugten, keinen der Aeltern, und können nach der Strenge selbst die nothdürftigen Alimente nicht fodern [*d*]. 2) Concubinen-Kinder (*naturales*) erben den mütterlichen Ascendenten unbedingt; vom väterlichen Vermögen erhalten sie, wenn eine Ehefrau, oder eheliche Kinder da sind, nur die Alimente, sonst aber aufserdem ein, mit ihrer leiblichen Mutter zu theilendes Sechstheil [*e*]. Die ganze Vorschrift fällt aber jetzt mit ihrem Objecte weg [*f*]. 3) *Spurii* und *vulgo quaesiti* erben jetzt, da es keine *matres illustres* im Römischen Sinn mehr gibt, den mütterlichen Ascendenten unbedingt; den väterlichen gar nicht [*g*]; doch werden in Praxi die Grundsätze von Concubinen-Kindern auf die *spurios* angewandt [*h*]. 4) *Adulterini*, und aus sonst verbotenen Verbindungen erzeugte Kinder, sind nicht den *incestuosis*, sondern den *spuriis* gleichzusetzen [*i*].

§. 683.

Fortsetzung. Kinder des ersten Grades erben in dieser Classe unbedingt; entferntere nur dann, wenn zur Zeit des Anfalls kein Näherer in der Mitte stand. Stirbt also nach dem Anfall der, in der Mitte stehende, vor der Erwerbung, so kann der, vorhin durch ihn Ausgeschlossene, sofern noch andere nähere Descendenten da sind, nur durch das Transmissions-Recht an seine Stelle kommen. Fällt diefs weg, so accrescirt die Portion den andern Descendenten; und eben diefs mufs auch stattfinden, wenn der, in der Mitte Stehende nach dem Anfall der Erbschaft die Antretung versäumt, oder seine Portion ausschlägt. Sollte jedoch in allen diesen Fällen kein Descendent da seyn, dem durch das *ius accrescendi* etwas zuwachsen kann, so kommt der, bisher ausgeschlossene Entfernte an die Reihe [*k*]. Die Thei-

[*d*] L. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.) Nov. 74. c. 6. Nov. 89. c. 15. Glück §. 104. 105.

[*e*] Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12. §. 4.

[*f*] A. M. ist mit Vielen Glück §. 109.

[*g*] §. 3. I. de SCt. Orphit. (3. 4.) L. 5. C. ad SCt. Orphit. (6. 57.). Glück §. 107.

[*h*] Glück §. 109.

[*i*] Denn Nov. 89. c. 15. spricht, wie Nov. 12. c. 1. zeigt, nur von incestuosis. Ein analogischer Schlufs von diesen hat aber keinen juristischen Grund für sich. A. M. ist Glück §. 106.

[*k*] Nov. 118. c. 1. vergl. mit §. 4. I. de SCt. Orphitiano (3. 4.) L. 9. de suis et legit.

lung geschieht hier so: Kinder des ersten Grades erben nach Köpfen; Kinder der entfernteren Grade, sie mögen allein seyn, oder nicht [*l*], nach Stämmen, und zwar so, dafs die Stammportion unter den Concurrenten jedes besondern Stammes nach Köpfen vertheilt wird [*m*]. Die Streitfrage: ob die, welche in Stämmen erben, *iure repraesentationis* succediren? führt, da der Ausdruck nicht gesetzlich ist, und jetzt nicht immer in demselben Sinn genommen wird, die Mehrsten zu einem Wortstreit. Will man dadurch fragen: succedirt der Entfernte nur insofern, als er Erbe des, in der Mitte gestandenen, vor dem Anfall der Erbschaft gestorbenen Näheren geworden ist? und: succedirt er nicht, wenn der Nähere vor dem Anfall der Erbschaft diese ausschlug? so mufs man beides verneinen, da aus Justinians unbestimmt allgemeiner Vorschrift: der Entfernte solle an die Stelle des Naheren treten, offenbar noch nicht folgt, dafs er denselben beerbt haben müsse, und dafs man nicht an die Stelle dessen treten könne, welcher sich vor dem Anfall der Erbschaft durch Entsagung in die Lage gebracht hat, dafs er bey dem Anfall als nicht vorhanden anzusehen ist [*n*].

§. 684.

Fortsetzung.

Ist im Augenblick des Anfalls der, wegen Mangels, oder Nichtigkeit eines Testaments erfolgenden Intestat-Erbschaft ein Embryo vorhanden, so sind einstweilen fur denselben drey Theile zurückzulegen [*o*]. Auch können hier ein Paar Arten der *bonorum possessio decretalis* (§. 674.) vorkommen, welche sich aber erst unten (§. 821.) vollständig erörtern lassen.

§. 685.

Zweyte Classe.

In der zweyten Classe erben vereint I) die nächsten Ascendenten zur Zeit des Anfalls der Erbschaft [*p*], jedoch nicht unbedingt, sondern in der Regel nur die, welche, sie seyen an sich so entfernt als sie wollen, von dem Descendenten in der ersten Classe würden beerbt, und zwar so weit, als sie

(38. 16.) §. 7. I. de legit. agnator. success. (3. 2.).

[*l*] Koch succ. ab intest. Auct. 4.

[*m*] Nov. 118. c. 1.

[*n*] Vergl. hier Glück §. 21. 22. 24. 100. a. E.

[*o*] L. 3. 4. si pars hered. petat. (5. 4.).

[*p*] Nov. 118. c. 2.

würden beerbt seyn [q]. Ausgenommen sind 1) die adoptirende Frau, und der *minus plene* adoptirende Mann, welche beide das Kind nicht beerben [r]. 2) Der Ascendent, welcher bey einer, nur von Einer Seite putativen Ehe in bösem Glauben ist [s]. 3) Der arrogirende Vater eines verstorbenen Unmündigen [t]. Ehemals schloſs die natürliche Mutter den adoptirenden Vater, und wenn keine Mutter da war, so schloſs der adoptirende Vater den natürlichen aus [u]. Allein Nov. 118. hebt dieſs alles auf, indem man danach den natürlichen Aeltern vereint neben dem Adoptiv-Vater eine Concurrenz gestatten muſs [x]. Zugleich mit den Ascendenten erben II) vollbürtige Geschwister, d. h. die, welche mit dem Verstorbenen Vater und Mutter gemein haben, und beiden vollkommen succediren [y]. Endlich werden III) mit beiden zugleich verstorbener vollbürtiger Geschwister Kinder des ersten Grades, welche in der ersten Classe alle Ascendenten desjenigen, in dessen Stelle sie eintreten, würden beerbt haben, gerufen, und zwar nach der Praxis, aber wider die Gesetze [z], selbst dann, wenn sie allein mit den Ascendenten concurriren [a].

§. 686.

Fortsetzung. Die Vertheilung geschieht in dieser Classe nach folgenden Regeln: 1) Brüder erhalten stets eine Viril-Portion. 2) Ascendenten erben, A) wenn sie allein sind, ohne auf den Ursprung des Vermögens zu sehen [b], nach Linien, so daſs, wenn in gleichem Grade in der mütterlichen und väterlichen Linie Ascendenten da sind, die eine Hälfte auf jene, die andre auf diese fällt. Die mehreren in Einer Linie theilen sich, selbst wenn die Hauptlinie gespalten ist, nach Köpfen [c]. Concurriren aber B) Ascendenten mit Andern, so erhalten sie eine Viril-Portion [d]. 3) Vollbürtiger Brüder

[q] Nov. 89. c. 13. Nov. 74. cap. ult.

[r] L. 10. §. 1. C. de adopt. (8. 48.).

[s] Koch succ. ab int. §. 51.

[t] S. oben §. 490. a. E.

[u] L. 2 §. 15. L. 3. ad SCt. Tertull. (38. 17.) L. 10. C. de adopt. (8. 48.).

[x] Glück §. 114.

[y] Nov. 118. c. 2. Glück §. 115.

[z] Nov. 118. c. 3. Nov. 127. c. 1.

[a] Glück §. 116.

[b] Glück §. 119.

[c] Nov. 118. c. 2. Glück §. 118.

[d] Nov. 118. c. 2. Glück §. 120.

Kinder erben, A) wenn sie mit Ascendenten oder Brüdern concurriren, nach Stämmen [e]. Sind sie aber B) allein vorhanden, und zwar im Augenblick der Delation der Erbschaft [f], so erben sie nach Köpfen [g], ohne Rücksicht, ob dann Personen vorhanden sind, welche in der dritten und vierten Classe erben, oder nicht [h]. Was vom Repräsentations- und Accrescenz-Recht in der ersten Classe gesagt ist, gilt aus gleichen Gründen auch hier in Rücksicht entfernter Ascendenten und der Bruderkinder [i]. Uebrigens behält auch in dieser Classe der Ascendent stets den, ihm an den Adventitien des Erblassers zugestandenen Nieſsbrauch [k].

§. 687.

Dritte Classe. In der dritten Classe erben vereint I) Halbgeschwister, d. h. die, welche nur Einen gemeinschaftlichen Ascendenten haben, dem und dessen Ascendenten sie in der ersten Classe vollständig würden succedirt seyn; und neben ihnen II) verstorbener Halbgeschwister Kinder des ersten Grades, unter eben den Beschränkungen, welche in Ansehung der Kinder vollbürtiger Geschwister für die zweyte Classe stattfinden [l]. Die Geschwister erben hier nach Köpfen, jedoch nach der Praxis unter der Einschränkung, daſs, wenn verschiedene Arten der Halbgeschwister da sind, das, von Ascendenten ererbte Vermögen bey dem Blute bleibt [m]. Geschwisterkinder erben allein nach Köpfen, sonst nach Stämmen [n].

§. 688.

Vierte Classe. In der vierten Classe machen alle übrigen Verwandten bis ins Unendliche den Beschluſs; nur müssen sie nicht, wie der *minus plene adoptatus*, bloſs an eine gewisse Person verwiesen, auch nicht durch eine, zwischen ihnen und dem Verstorbe-

[e] Nov. 118. c. 3.

[f] Glück §. 126.

[g] R. A. v. 1529. §. 3. Glück §. 122.

[h] Glück §. 123 — 125.

[i] Glück §. 126.

[k] L. 1. C. de bon. mat. (6. 60.) L. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Dem ist auch Nov. 118. c. 2. nicht entgegen, weil sie nur von Erwerbung eines neuen Nieſsbrauchs spricht. Ueber die Ideen Andrer: Glück §. 121.

[l] Nov. 118. c. 3.

[m] L. 13. §. 2. C. de legit. hered. (6. 57.) Nov. 84. c. 2. Glück §. 129.

[n] Glück §. 130. 131.

nen gestandene, nicht erbfähige Person unfähig gemacht seyn. Der Nächste schliefst hier den Entfernteren aus, und gleich nahe Personen erben stets nach Köpfen [o].

§. 689.

2) Ex speciali fundamento.

Aus einem besondern Grunde erbt I) der Verpfleger eines Blödsinnigen, mit Ausschlufs aller Testaments- und Intestat-Erben, wenn diese versäumt haben, sich des Blödsinnigen anzunehmen; doch bleibt der übrige Inhalt des Testaments stehen [p]. Ferner beerben sich II) Ehegatten, und zwar 1) nach dem prätorischen Edict (*ex edicto unde vir et uxor*) nur in dem Fall, wenn sonst keine successionsfähigen Blutsfreunde vorhanden sind [q]. 2) Nach Justinianeischem Recht beerbt die Frau den Mann auch in diesem Fall, jedoch unter der Beschränkung, dafs der verstorbene reich, und die überlebende arm seyn mufs. Concurrirt die überlebende Frau mit drey und weniger andern Intestat-Erben, so erhält sie den vierten Theil des Ganzen, sonst aber eine Viril-Portion. Beschränkt sie durch diese Concurrenz ihre eignen Kinder, so erhält sie an ihrer Portion, soweit sie ihren Kindern Abbruch thut, nur den Niefsbrauch, nämlich insofern, dafs ihren Kindern die Proprietät zufällt, wenn sie vor ihnen stirbt; in den andern Fällen erhält sie sofort, und auf immer das volle Eigenthum [r]. In diese Portion mufs sie alles, vom verstorbenen Mann Erhaltene einrechnen [s], nicht aber, weil kein Gesetz es sagt, ihr Vermögen [t]; es kann ihr aber auch diese Portion, in Rücksicht deren sie im Ganzen wahre Erbinn ist [u], nicht durch ein, alsdann insoweit ungültiges Testament des Mannes entzogen werden [x]. Aufserdem haben III) manche Collegien das Vorrecht der Intestat-Erbfolge in dem erblosen Nachlafs ihres Mitgliedes erhalten. Dahin gehört 1) das Regiment, wenn ein Soldat [y]; 2) die Kirche, wenn ein, in ihrem Dienst stehender Geistlicher ohne Erben

[o] Nov. 118. c. 3. Glück §. 132. 133.

[p] Nov. 115. c. 3. §. 12.

[q] L. 1. C. unde vir et uxor (6, 18.).

[r] Nov. 53. c. 6. vergl. mit Nov. 117. c. 5. Glück §. 136—140.

[s] Nov. 53. c. 6.

[t] A. M. ist Glück §. 141.

[u] Nov. 53. c. 6. §. 1. Glück §. 143. S. überh. Martin Rechtsgutachten etc. 1. B. S. 357—375.

[x] Nov. 53. c. 6. Glück §. 142.

[y] L. 2. C. de heredit. decur. (6, 62.).

stirbt [z]. Ferner beerben nach der Praxis 3) Armenhäuser ihre unbeerbten Beneficiaten; und 4) Akademien ihre Lehrer, oder sonstigen akademischen Bürger, welche keine Erben hinterlassen [a]. Sind IV) keine der bisher genannten Erben da, so succedirt der, welchem vom Regenten zugleich mit dem Verstorbenen eine Sache geschenkt ist, in den, dem letzten gehörigen Theil, mithin eigentlich nicht als Erbe, sondern nur als *successor singularis*, oder gesetzlicher Legatar [b]. Nach allen trit endlich V) der Fiscus ein [c].

Dritter Titel.

Ueber die testamentarische Erbfolge.

§. 690.

Deren Natur. 1) gemeine Testamente.

Jede Disposition, welche die Einsetzung eines directen Erben enthält, heifst ein Testament [d]. Die Lehre von der testamentarischen Erbfolge [e] erschöpft sich durch die Beantwortung der beiden Fragen: wie ist ein Testament zu errichten? und wer ist zur Errichtung eines Testaments fähig? Die erste Frage zerfällt wieder in zwey andre, nämlich: wie mufs die äufsere Form? und: wie mufs der Inhalt beschaffen seyn? Da die Gesetze über beide Puncte manche Vorschriften aufgestellt haben, welche in der Regel als gemeines Recht eintreten, manche Personen aber nach singulairen Vorschriften testiren können und müssen; so mufs die Lehre von der Form und innern Natur der Testamente wieder in zwey Abschnitte zerfallen, nämlich: Darstellung der gemeinen, und der aufserordentlichen Testamente. Es versteht sich aber hiebey von selbst, dafs alle Grundsätze, welche gemeinschaftlich auf Erbeneinsetzungen, Legate und Fideicommisse passen, für das dritte Capitel aufbehalten bleiben müssen.

[z] L. 20. C. de episc. et cleric. (1. 3.).

[a] Glück §. 145.

[b] L. un. C. si liberal. imperial. soc. sine hered. decess. (10. 14.). Glück §. 146. Weber zu Höpfner §. 701. not. 1.

[c] L. 4. C. de bonis vacant. (10. 10.). Glück §. 147. fgg.

[d] §. 34. I. de legat. (2. 20.).

[e] S. Stryk de cautel. testamentor. Hal. 1738. I. Claproth Abh. v. Testamenten, Codicillen etc. Gött. 1782. C. Siebenkees Abh. v. Testamenten. Nürnb. 1791. E. C. Westphal Theorie d. R. R. von Testamenten u. s. w. Leipz. 1790.

§. 691.

A) Aeufsere Form. a) Privat-Testamente. Regeln.

Wenn man nach gemeinem Rechte testirt, so kann man entweder ein *Privat-Testament*, oder ein *öffentliches* errichten. Die Form des ersten ist durch die neueren Kaiserlichen Constitutionen genau bestimmt [*f*]; und damit fallen denn auch alle älteren Grundsätze des Civil- und prätorischen Rechts über die Testaments-Form von selbst weg; mithin kann man nun auch nicht mehr, wie sonst [*g*], aus einem, von sieben Zeugen untersiegelten Testament *bonorum possessio secundum tabulas* erhalten, da nach dem neueren Rechte diese Form bey schriftlichen Testamenten nicht hinreichend ist [*h*].

§. 692.

Allgemeine Requisite.

Zu jedem Privat-Testament gehört, I) dafs dabey sieben männliche, zum Zeugnifs aufgefoderte, freywillig handelnde, und zwar zu der Zeit fähige Zeugen zugezogen werden [*i*]. Unfähig sind 1) alle, welchen die, zum Zeugnifs nach der Natur der Sache nöthigen Fähigkeiten abgehen, wie Rasende und Unmündige [*k*]. 2) Gerichtlich erklärte Verschwender [*l*]. 3) Taube und Stumme [*m*]. Blinde kann man nicht absolut ausschliefsen [*n*]. 4) Alle, welche selbst zur Strafe kein Testament errichten, oder zur Strafe nichts aus einem Testament erhalten können [*o*]. 5) Personen, welche bürgerlicher Rechte unfähig sind [*p*].

[*f*] §. 1. 2. 3. I. de testam. ordin. (2. 10.).

[*g*] L. 7. L. 9. de bon. poss. secund. tab. (37. 11.).

[*h*] A M. ist Koch bonorum possessio §. 25.

[*i*] L. 20. §. 10. L. 22. §. 1. qui test fac. poss (28. 1.) L. 1. L. 21. C. de testament (6. 23.). F. A. Hommel de numero septenario testium in testamentis. Lips. 1731. Auch der Notar ist mitzuzählen. C. G. Hübner disp. iur. civ. L. 1. c. 5.

[*k*] §. 6. I. de testam. ordin. (2. 10.).

[*l*] §. 6. I. l. c. Not. Ordn. v. 1532. Tit. 22.

[*m*] §. 6. I. l. c.

[*n*] Laurich de coeco idoneo in testamento teste. Lips. 1775. G. H. Lehr über die Fr. ob ein Blinder bey Testamenten Zeuge seyn könne? Giefs. 1788. A. M. ist Koch de conspectu testatoris. Giess. 1785. Eben diefs gilt von einem im Dunkeln errichteten Testament. Vergl. darüber Hagemann und Günther Archiv, 1. Thl. n. 7.

[*o*] S. vorhin not. l. und Trekel de orig. et progr. testamenti fact. c. 3. §. 70. 71.

[*p*] L. 20. §. 6. qui test. fac. poss. (28. 1.).

Endlich 6) jeder, welcher juristisch mit dem Erblasser Eine Person vorstellt; also: der Haussohn bey dem Testament seines Vaters, und seines, unter derselben Gewalt befindlichen Bruders [q], so wie der Erbe, und alle die, welche mit demselben Eine Person ausmachen [r]. Dadurch ist denn auch der Fideicommiſs-Erbe ausgeschlossen [s], nicht aber der Legatar, und *fideicommissarius singularis* [t]. Auſserdem muſs II) eine Einheit der Handlung (*unitas actus*) beobachtet, d. h. es darf dem ganzen Act keine, auf die testamentarische Disposition keinen Bezug habende Handlung eingemischt werden [u], Kleinigkeiten abgerechnet [x]. Endlich muſs III) das Testament ganz vollendet, und als solches errichtet seyn [*].

§. 693.

Besondere des schriftl. u. mündlichen.

Zu dem schriftlichen Testament gehört insbesondere, 1) daſs der Erblasser die Zeugen sehe [y]; ferner 2) daſs er das Testament selbst [z] schreibe, oder mit seinem Namen unterschreibe, oder hiezu einen achten Zeugen zuziehe, und sich, wenn er nicht lesen kann, das Testament vorlesen lasse [a]. Den Namen des Erben braucht er nicht mehr eigenhändig zu schreiben, oder durch einen Zeugen schreiben zu lassen [b].

[q] L. 20. §. 3. L. 22. pr. eod. §. 9. 10. I. de testam. ordin. (2. 10.).

[r] §. 10. I. l. c.

[s] §. 7. I. de fideicomm. hered. (2. 23.). Faber error. pragm. D. 66. Er. 5. A. M. ist F. C. Harprecht de testimonio testament. fideic. Tub. 1688. §. 18.

[t] §. 11. I. de testam. ordin. (2. 10.) L. 20. pr. qui testam. fac. poss. (28. 1.) F. C. Harprecht de testimonio testamentario legatariis permisso. Tub. 1688. Charond. veris. in Otto Thes. T. 1. p. 756. A. M. ist in Betreff des mündlichen Testaments Faber err. pragm. D. 66. E. 1.

[u] L. 20. §. 8. L. 21. §. 3. qui test. fac. poss. (28. 1.). Lauterbach coll. L. 28. T. 1. §. 56. Höpfner Comment. §. 444. not. 1.

[x] L. 28. pr. C. de testament. (6. 23.).

[*] L. 25. L. 29. pr. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 8. C. de inst. et subst. (6 25.). Faber err. pr. Dec. 35. er. 8. 9.

[y] L. 9. C. de testament. (6. 23.). Ueberh. C. W. Strecker de testamento privato solenni, praesertim scripto s. clauso. Erf. 1743.

[z] Nicht mit geführter Hand, so wenig als der Zeuge. Hagemann Archiv 2. Thl. nr. 4.

[a] L. 21. L. 28. §. 1. C. eod. F. C. Wiesen de subscript. testatoris analphab. per cruces. Wirc. 1778. S. auch unten §. 713.

[b] §. 4. I. de testam. ordin. (2. 10.) vergl. mit Nov. 119. c. 9. Pufendorf T. 3. Obs. 5.

Endlich müssen 3) die Zeugen, denen das Testament nicht bekannt zu seyn braucht, dasselbe selbst unterschreiben, und mit einem, nach Willkühr zu wählenden Ring untersiegeln, welches beides auch auf der Aufsenseite eines verschlossenen Testaments geschehen kann [c]. Correcturen schaden an sich nicht [d], so wenig als der Mangel des Datums; auch kommt auf die Materie, und die Schriftzüge nichts an, sofern sie die Leserlichkeit nicht hindern [e]. Bey dem mündlichen Testament mufs der Erblasser seinen Willen vollständig [f], und mit gehöriger Deutlichkeit, welche gültig auch durch Fragen veranlafst werden kann [g], erklären [h], und zwar in einer, den Zeugen verständlichen Sprache [i]. Wird ein mündlich errichtetes Testament nachher schriftlich aufgesetzt (*testamentum nuncupativum in scripturam redactum*), oder umgekehrt, so geschieht es entweder in der Absicht, das erste Testament aufzuheben, und ein neues zu errichten, oder nicht. Ist jenes, so vernichtet das zweyte Testament, wenn es an sich gültig ist, das erste; ist das letzte, so gelten beide Erklärungen, wenn es der Testator wollte, als verschiedene Exemplare desselben Testaments, mit einander; sonst aber, wenn die zweyte Erklärung kein Testament seyn sollte, ist derselben nur, als einem unterstützenden Beweismittel, Gewicht beyzulegen [k].

§. 694.

b) Oeffentliche.

Ein öffentliches Testament kann errichtet werden 1) vor dem Regenten, oder dessen

[c] L. 22. §. 2. L. 30. qui testam. fac. poss. (28. 1.) auch vorhin not. z. G. L. Boehmer de testam. signato et subscripto in involucro (Elect. T. 1.).

[d] L. 12. C. de testam. (6. 23.).

[e] §. 12. I. de testam. ordin. (2. 10.). G. L. Boehmer l. c. §. 2. A. C. Stockmann de iure testamenti notis perscripti. Lips. 1781.

[f] L. 25. qui test. fac. poss. (28. 1.).

[g] Faber Err. pragm. D. 69. E. 1. 2.

[h] §. 14. I. de testam. ord. (2. 10.) L. 21. pr. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 21. §. 2. C. de testam. (6. 23.).

[i] Denn L. 20. §. 9. qui test. fac. poss. (28. 1.) spricht nur vom schriftlichen. Westphal §. 205.

[k] §. ult. I. de testam. ordin. (2. 10.) L. 24. qui testam. fac. poss. (28. 1.) L. ult. de his quae in test. del. (28. 4.) L. 1. §. 7. de B. P. sec. tab. (37. 11.) L. 3. §. 1. de tab. exhib. (43. 5.). Vergl. auch D. Nettelbladt de testamento nuncupativo in script. redacto. Hal. 1753. C. G. Hübner Disp. iur. civ. L. 1. c. 5

Stellvertretern [l], und zwar, wenn der Regent nicht eine besondere Form verlangt [m], mündlich, oder durch Eingabe einer Scriptur. Selbst Personen, welche sonst nicht testiren dürfen, können auf diese Art dazu fähig werden [n]. 2) Vor jeder, mit einer Civil-Gerichtsbarkeit versehenen Obrigkeit, oder deren Deputirten, entweder durch Uebergabe einer Scriptur (*testamentum oblatum*), oder eine mündliche Erklärung zu den Acten (*testamentum iudiciale s. str.*). In jenem Fall mufs die geschehene Uebergabe protocollirt [o], in diesem der Inhalt des Testaments in ein förmliches Protocoll gebracht werden [p]. Defswegen mufs denn auch der Richter, welcher nicht zugleich Actuar ist, einen Actuar, oder zwey Zeugen zuziehen [q]; doch bedarf es weder bey dem offerirten [r], noch auch bey dem, zu Protocoll dictirten Testament der Competenz des Richters, noch auch der Vollführung der Handlung an der gewöhnlichen Gerichtsstelle [s]. Endlich kann auch 3) vor einem Pfarrer und zwey Zeugen ein öffentliches Testament errichtet werden; welches jedoch unter den Protestanten überall abgeschafft ist [t]. Die Streitfrage: ob man durch einen Procurator ein Testament offeriren, und demselben dadurch einen öffentlichen Glauben verschaffen könne? ist nach der Natur der Sache nur dann zu bejahen, wenn der Procurator mit einem speciellen, öffentlich beglaubigten Mandat versehen

[l] Hofacker T. 2. §. 1275.

[m] wie nach L. 19. C. de testam. (6. 23.) Walch de testam. principi oblato (op. T. 1. p. 120.).

[n] Claproth iurisprud. extraiud. S. 14. fgg.

[o] Stryk cautel. contr. c. 7. §. 41. A. M. ist Struben 2. B. 52. Bed.

[p] Claproth a. a. O. §. 110. fgg. Grupen observat. de forma testam. iudicialis.

[q] Müller ad Leyser Obs. 625. Madihn de validitate testamenti non rite oblati. Hal. 1771. A. M. ist Struben 2. B. 51. Bed.

[r] A. M. sind M. H. Griebner de testamento iudici incomp. oblat. Lips. 1732. I. T. Richter de testam. a iud. incomp. in territ. alien. condito invalido. Lips. 1732. G. L. Menken de testam. iudicial. extra iudicii loc. condito. Vit. 1716. Cramer Wetzl. Nebenst. 10. Thl. S. 73.

[s] Mevius P. 3. Dec. 195. Leyser Sp. 354. m. 1. Conradi de testam. publico quod fit ad acta. Helmst. 1741. Glück Comment. 2. B. §. 194. not. 91.

[t] cap. 10. X. de testam. (3. 26.). I. P. Krieger de testam. coram parocho et duob. test. Alt. 1734.

ist [u]; die Frage hingegen: ob ein öffentliches Testament durch Zurücknahme aus dem Gericht seinen öffentlichen Glauben verliere? ist dahin zu entscheiden, daſs dieſs stattfindet, wenn das zurückgenommene Papier kein Zeichen der gerichtlichen Beglaubigung, nicht aber, wenn es ein solches an sich führt [x].

§. 695.

B) Materie der Testamente. Hier a) über mystische Testamente.

Das Materielle eines Testaments besteht im Wesentlichen darin, daſs in demselben an irgend einem Orte ein directer Erbe eingesetzt werde [y]. Der Name des Erben braucht aber darin nicht gerade genannt zu seyn, selbst nicht einmal, wenigstens nach der Praxis [z], in einem mündlichen Testament: sondern der Erblasser kann es sich vorbehalten, ihn anderswo in einer besondern Schedel aufzuzeichnen [a]. Geschieht dieſs, so nennt man das Testament ein mystisches oder *implicitum* [b]. Die Streitfrage: ob die Schedel von fünf Zeugen unterzeichnet seyn müsse [c]? hängt von der, unten (§. 783.) zu erörternden Frage ab: ob dieſs bey bestätigten Codicillen nöthig sey?

§. 696.

b) Vulgar-Substitution.

Beobachtet der Erblasser im Uebrigen das, was überhaupt zu einer letzten Willensordnung gehört [d], und setzt er keine unfähigen Personen ein [e]: so ist er in andern Rücksichten im Ganzen ungebunden. Er kann daher einen, oder meh-

[u] Die Literatur der Controverse s. in Höpfner Comment. §. 443. not. 3.

[x] Manche sind abweichend. Pufendorf T. 3. Obs. 153. Müller ad Leyser Obs. 635.

[y] §. 34. I. de legat. (2. 20.) L. 29. C. de testament. (6. 23.).

[z] Gegen L. 21. pr. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 21. §. 2. C. de testam. (6. 23.). Hofacker T. 2. §. 1269. Meditat. über versch. R. M. 5. B. n. 309. F. A. Hommel de scriptura eiusque necessit. in testam. nuncupativo. Lips. 1729. §. 35.

[a] L. 77. de hered. inst. (28. 5.) L. 10. pr. de cond. inst. (28. 7.).

[b] Bynkershoek qu. iur. priv. L. 3. c. 4. 5. C. U. Grupen de testam. mystico. Hannov. 1753. I. F. Rivinus de schedula testamento adiecta. Lips. 1741. I. G. Bauer de cod. arg. Lips. 1764. Pufendorf T. 4. Obs. 77.

[c] Müller ad Leyser Obs. 618.

[d] S. darüber §. 797 — 806.

[e] S. von diesen Personen unten §. 792 — 796.

rere Erben einsetzen auf wieviel er will [*f*]; auch steht es ihm frey, auf den Fall, dafs der Eine nicht Erbe werden sollte, einen Andern an dessen Stelle zu ernennen. Diefs Letzte heifst, weil jeder dazu befugt ist, Vulgar-Substitution [*g*], welcher man, aber unrichtig, die Pupillar- und Quasi-Pupillar-Substitution als Arten entgegenzusetzen pflegt [*h*]. Die letzten werden inzwischen unter dem Namen *substitutio* mitbegriffen, und verbunden mit der Vulgar-Substitution *substitutiones directae* genannt, während man dann im Gegensatz derselben die fideicommissarische Einsetzung (§. 764.) *obliqua* nennt. Im Zweifel streitet nicht für die letzte, sondern für die *substitutio directa* die Vermuthung [*i*].

§. 697.

Fortsetzung. Auch bey der Vulgar-Substitution, welche selbst stillschweigend geschehen kann [*k*], ist der Testator ungebunden. Er kann Einen an die Stelle Mehrerer, und Mehrere an die Stelle eines Einzelnen ernennen; er kann mehrere Grade der Substitution machen [*l*], auch Miterben, entweder alle, oder zum Theil einander substituiren [*m*]. Das Letzte nennt man *substitutio reciproca*, *compendiosa*, oder *breviloqua* [*n*]. Aus der Natur dieser Substitutionen ergeben sich denn folgende Haupt-Resultate: 1) Die Substitution erlischt, wenn der Vorerbe die Erbschaft antrit [*o*]; bey der wechselseitigen Substitution, wenn

[*f*] §. 4. 5. I. de hered. inst. (2. 14.).

[*g*] pr. I. de vulg. subst. (2. 15.) L. 45. pr. D. eod. (28. 6.). Ueberh. P. Papillonius de directis hered. subst. (Otto Thes. T. 4). C. Chifletius de subst. (Otto T. 5.). F. R. de Manzano Prael. ad Tit. P. de vulg et pup. subst. (Meermann Th. T. 7.). P. de Toullieu de subst. vulg. Ling. 1702. Westphal v. Testamenten §. 611—647.

[*h*] S. darüber unten §. 700. fgg. Die, welche beide unter dem Worte substitutio begreifen, stellen keine logische Eintheilung auf, sondern subsumiren das Heterogene unter ein mehrdeutiges Wort. L. 10. §. 5. h. t. (28. 6.).

[*i*] cap. 1. de testam. in 6. (3. 11.). I. T. Carrach de subst. directae argumentis in formula dubia. Hal. 1731.

[*k*] L. 4. pr. §. 2. h. t. (28. 6.). Lauterbach coll. L. 28. T. 6. §. 6.

[*l*] §. 1. I. h. t. (2. 15.) L. 36. pr. eod. (28. 6.).

[*m*] L. 41. §. 5. eod. L. 37. §. 1. de hered. instit. (28. 5.).

[*n*] I. H. Reuter de substit. reciproca. Hal. 1750. I. A. Cleemann de reciproca hered. subst. Lips. 1770.

[*o*] L. 5. C. de imp. et alior. subst. (6. 26.).

der Substitut nicht als *institutus* Erbe wird [*p*], und überhaupt, wenn der Substitut vor Erwerbung der Erbschaft wegfällt, oder die Bedingung der Substitution erlischt [*q*]. Dagegen kann 2) der Substitut eintreten, wenn der Vorerbe die Erbschaft nicht für sich, oder einen Andern erwirbt, es liege nun der Grund im Nichtkönnen (*casus impotentiae*), oder Nichtwollen (*casus noluntatis*), ohne daſs dabey im Zweifel Rücksicht darauf genommen wird, ob die Substitutions-Formel allgemein, oder bloſs auf den einen, oder den andern Fall gerichtet war [*r*]; wenn er als *suus* (§. 716.) sich von der Erbschaft enthält [*s*]; oder wenn er gegen die Antretung restituirt wird [*t*]. 3) Trit der Substitut ein, so wird dadurch das Anwachsungsrecht (§. 673.) ausgeschlossen [*u*], nicht aber das Transmissions-Recht (§. 675.), wenn die Erben des wegfallenden Vorerben überhaupt darauf Anspruch haben [*x*]. 4) Sind mehrere substituirt, so theilen sie, wie mehrere *instituti*; wechselseitig Substituirte aber im Zweifel nach der Gröſse ihrer Einsetzungs-Portion, und zwar so, daſs sie sich das Anwachsen der andern Portion müssen gefallen lassen [*y*], wobey jedoch verbundene Erben bey dem Wegfall eines Verbundenen vorgehen [*z*]. 5) Ist Jemand einem eingesetzten Substituten substituirt, so trit er in beiderley Rücksicht an dessen Stelle [*a*].

[*p*] L. 45. §. 1. h. t. (28. 6.).

[*q*] L. 14. L. 21. L. 23. eod.

[*r*] §. ult. I. h. t. (2. 15.) L. 40. de hered. inst. (28. 5.) arg. L. 4. eod. L. 4. C. eod. (6. 26.). Lauterbach coll. L. 28. T. 6. §. 11. 12.

[*s*] Vinnii qu. sel. L. 2. c. 23. A. M. ist Voet L. 28. T. 6. §. 21.

[*t*] Voet l. c. §. 14. Faber Err. pragm. D. 32. E. 7. A. M. ist Vinnius l. c. L. 1. c. 14.

[*u*] L. 2. §. 8. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.) Nov. 1. c. 1. §. 3. pr.

[*x*] Meine Versuche 1. B. n. 13. Medit. über versch. R. M. 1. B. n. 32. I. R. Flor de vulgari subst. transmiss. hered. non impediente. Goett. 1781. A. M. sind C. L. Crell utrum her. instit., intra annum deliberandi mortuo substitut. admittatur. Viteb. 1734. (Diss. Fasc. 3.). C. A. Tittel de subst. vulgari per substitutum adeuntem excluso et non adeuntem excluso. Ien. 1754.

[*y*] L. 5. L. 24. L. 32. L. 41. §. 1. h. t. (28. 6.) L. 25. pr. de acquir. her. (29. 2.) L. 6. C. de impub. et alior. subst. (6. 26.). Faber conj. L. 4. c. 13.

[*z*] L. 41. §. 4. h. t. (28. 6.). Averan int. L. 3. c. 16.

[*a*] L. 27. L. 41. pr. L. 47. eod. §. 3. I. eod. (2. 15.). Die richtige Ansicht hat hier Cujac. opp. T. 4. p. 1062. 1063. T. 7. p. 926. Abweichend ist Muretus in not. ad I. a Costa Inst. L. 2. T. 15. §. 3. Vergl. auch Geiger de substituti substituto. Erl. 1768.

§. 698.

c) Pflichten gegen Notherben.

Besonders ist die Freyheit zu testiren durch die Vorschrift beschränkt, daſs gewissen Personen, wenn kein Grund zur Ausschlieſsung derselben vorhanden ist, ein Theil des Vermögens hinterlassen werden soll. Da aber die, hierauf sich beziehenden Grundsätze aufs genaueste mit der Lehre von der *querela nullitatis*, *inofficiosi*, und der *b. p. c. t.* zusammenhängen, so müssen sie bis dahin (§. 809. fgg.) der Deutlichkeit wegen ausgesetzt werden.

§. 699.

C) Fähigkeit zu testiren. Hier besonders

Zur Gültigkeit eines Testaments gehört nicht allein, daſs in Rücksicht der äuſsern Form, und des Innern, den Gesetzen Genüge geleistet sey: sondern der Testator muſs auch fähig seyn, ein Testament zu errichten. In Rücksicht des letzten Puncts haben Erbeneinsetzungen, Legate und Fideicommisse vieles gemein, was hier einstweilen zu übergehen ist [*b*]. Aber etwas eigenthümliches ist es bey Testamenten, daſs man in der Regel nur sich selbst in Ansehung seines eignen Vermögens einen Erben ernennen kann [*c*], und daſs bloſs die Aeltern zuweilen die Befugniſs haben, an die Stelle ihrer Kinder zu treten, und denselben ein Testament zu errichten. Dieſs geschieht bey der Pupillar- und Quasi-Pupillar-Substitution.

§. 700.

a) über Pupillar-Substitution.

Der Vater hat nämlich vermöge seiner väterlichen Gewalt die Befugniſs, seinen Kindern einen sogenannten Pupillar-Substituten [*d*] zu ernennen, und zwar sowohl auf das, von ihm ererbte, als ihr sonstiges Vermögen [*e*]; nur ist dabey folgendes zu beobachten: 1) der Vater darf den Folgeerben nicht über die Zeit der Testamentsunmündigkeit der Kinder hinaus ernennen, d. h. nicht über die Jahre der Impubertät, wohl aber auf kürzere Zeit [*f*].

[*b*] S. darüber unten §. 797—806.

[*c*] L. 14. C. de her. inst. (6. 24.).

[*d*] S. die, oben zu §. 696. allegirten Schriften, und I. F. de Monsalvo prael. ad Tit. D. de vulg. et pup. subst. Cervar. 1752. G. F. Madihn Diatr. iur. civil. vicissitudines substitutionum impuberum complexa. Hal. 1769.

[*e*] §. 4. I. de pup. subst. (2. 16.).

[*f*] L. 7. L. 14. L. 21. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

2) Nur in Rücksicht der Kinder, welche in der väterlichen Gewalt sind, und seyn werden, darin bleiben, und nach dem Tode des Testators unter die Gewalt keines Andern zurückfallen, ist die Substitution zulässig [*g*]. 3) Der Vater mufs sich selbst ein Testament errichten, und zwar, wenn er sich und dem Kinde zu verschiedenen Zeiten einen Erben ernennen will, vor der Substitution [*h*]. Das Kind, welchem er substituirt, braucht er, wenn es die Enterbung verdient hat, nicht einzusetzen; doch darf er dann den Substituten und das Kind nicht beschweren [*i*]; wohl aber mufs er in dem, für dasselbe errichteten Testament, die gewöhnlichen Pflichten jedes Erblassers beobachten [*k*], jedoch mit der Hauptausnahme, dafs er die Notherben des Kindes gänzlich übergehen und ausschliefsen kann, ohne dafs diese dagegen irgend ein Rechtsmittel haben [*l*]. 4) Die Pupillar-Substitution kann auch stillschweigend geschehen. Diefs wird angenommen, wenn der Vater dem Kinde blofs vulgariter substituirt hat, während man umgekehrt auch das letzte im Zweifel als unter der ersten enthalten ansieht [*m*]. Uebrigens ist der Vater in Ansehung der Zahl der Substituten, und der Grade der Substitution ungebunden; auch kann hier eine wechselseitige Substitution (§. 697.) stattfinden [*n*]. 5) Das ganze, sowohl dem Kinde hinterlassene, als dessen eignes Vermögen ist der Disposition des Vaters unterworfen. Nur der arrogirende Vater eines Unmündigen kann über das letzte nicht verfügen [*o*].

[*g*] L. 2. pr. L. 33. eod. pr. I. de pup. subst. (2. 16.).

[*h*] L. 2. §. 4. 5. 6. 7. D. eod.

[*i*] L. 1. §. 2. L. 41. §. 3. eod. §. 4. I. eod. (2. 16.).

[*k*] L. 41. §. 8. D. eod.

[*l*] L. 8. §. 5. de inoffic. test. (5. 2.) cap. 1. de testam. in 6. (3. 11.). Heisler de pupillariter substituto matrem excludente. Hal. 1765. A. M. ist Hellfeld iurisp. for. §. 1455. wenigstens in Ansehung der substitutio pupillaris tacita Lauterbach Coll. L. 28. T. 6. §. 31. und in Ansehung der Adventitien Becker de pupillari subst. intuitu bonor. adv. nulla. Rost. 1746. Allein s. Fachinei contr. L. 4. c. 40. 41. Ganz abweichend ist Dalberg de matre praeterita etc. Heidelb. 1761.

[*m*] L. 4. pr. h. t. (28. 6.) L. 4. C. eod. (6. 26.). Eben diefs ist auch der Fall bey der berühmten Formel: si posthumus natus erit, et intra annos impubertatis decedat, B. heres esto, wenn der posthumus gar nicht geboren wird. Leyser Sp. 362. m. 6. A. M. ist Müller Obs. 560.

[*n*] L. 25. h. t. (28. 6.).

[*o*] L. 10. §. 6. eod.

§. 701.

Deren Wirkung. Die Wirkungen der Pupillar-Substitution bestehen zunächst darin, daſs der Substitut die Intestat-Erben des Kindes ausschlieſst [p]. Sind mehrere ernannt, so theilen sie wie Vulgar-Substituten [q]. Ist der Substitut in mehrfacher Hinsicht gerufen, so kann er dieſs alles geltend machen; aber freilich auch nur insofern, als er gerufen ist, welches denn aber gar nicht als Singularität betrachtet werden kann [r]. Daſs der Substitut, wenn das Kind Erbe seines Vaters geworden ist, und dabey eignes Vermögen hat, beides nicht von einander trennen kann, versteht sich [s], so wie, daſs er nur allein des Kindes Vermögen erhält, wenn dieſs sich von der väterlichen Erbschaft enthalten hat. Nur darüber widerstreiten sich die Gesetze, ob der Substitut nicht aus dem eignen Vermögen des abstinirenden Kindes die Schulden bezahlen muſs, welche das Kind selbst hätte bezahlen müssen, wenn es Erbe seines Vaters geblieben wäre [t].

§. 702.

und Erlöschen. Die Substitution erlischt, 1) wenn das Testament des Vaters ganz zu Grunde geht [u], wenige Fälle ausgenommen [x], von denen hier nur der Fall zu nennen ist, wenn das Kind als einziger Erbe sich von der väterlichen Erbschaft enthält [y]. 2) Durch Testaments-Mündigkeit (§. 797.) des Kindes. Doch wird die, über diese Zeit hinaus geschehene Substitution in Rücksicht des väterlichen Vermögens als Fideicommiſs erhalten, wenn der Vater dieſs wirklich vorgeschrieben hat [z]. Ferner 3) wenn das Kind auf irgend

[p] L. 7. C. h. t. (6. 26.).

[q] L. 8. §. 1. L. 9. L. 10. pr. h. t. (28. 6.).

[r] L. 47. eod. Ueber die verschiedenen Ansichten: Cuiac. opp. T. 1. p. 112. T. 2. p. 1062. 1063. T. 6. p. 729. 730. T. 7. p. 926. I. a Costa ad §. 3. I. de pup. subst. Otto ad §. 3. I. cit. Voet L. 28. T. 6. §. 2.

[s] L. 10. §. 2. 3. D. eod.

[t] L. 42. pr. de acquir. vel omit. hered. (29. 2.) vergl. mit L. 28. de reb. auct. iud. poss. (42. 5.). Ueber die Erklärungen beider s. Papillonius de subst. c. 9. (Otto Th. T. 4.). Stockmann de separationibus. Lips. 1788. §. 9. Voet l. c. §. 22. Westphal v. Testam. §. 682.

[u] L. 2. h. t. (28. 6.).

[x] S. darüber unten §. 817. 819.

[y] L. 2. cit.

[z] Ritter de subst. pup. ultra pubert. annos facta. Alt.

eine Art vor des Vaters Tode von dessen Gewalt befreyt wird [*a*], also auch im Fall einer separirten Oekonomie [*b*]. Endlich 4) wenn der Substitut vor dem Anfall der Erbschaft stirbt, oder das Kind, dem auf kurze Zeit substituirt ist, diesen Zeitpunct überlebt [*c*].

§. 703.

b) Quasi-Pupillar-Substitution.

Durch eine analogische Ausdehnung der Grundsätze über die Pupillar-Substitution ist die, von Justinian als gemeines Rechts-Institut eingeführte *Substitutio quasi-pupillaris, exemplaris*, oder *Justinianea* entstanden [*d*]. Das Wesen derselben besteht darin, daſs Aeltern ihren rasenden und blödsinnigen Kindern auf den Fall, daſs sie in diesem Zustande sterben sollten, einen Folgeerben ernennen können [*e*]. Mit der Pupillar-Substitution hat diese Substitutions-Art das gemein, daſs der Erblasser auch hier, wie dort, sich selbst ein Testament errichten muſs; allein sie ist in folgenden Puncten sehr abweichend: 1) jeder Ascendent von mütterlicher und väterlicher Seite ist dazu befugt, die Kinder seyen *sui iuris*, und unmündig, oder nicht. Concurriren Vater und Mutter, so geht der väterliche Substitut in so weit vor, als er noch als Pupillar-Substitut angesehen werden kann, sonst müssen sich die verschiedenen Substituten, wie concurrirende Miterben, beschränken [*f*]. 2) Nur Rasenden und Blödsinnigen kann so substituirt werden [*g*], nicht aber andern, zur Errichtung eines Testaments unfähigen Kindern [*h*]. 3) Die Aeltern müssen das Kind, dem der Substitut gegeben wird, selbst zum Erben einsetzen [*i*], ausgenommen, wenn sie es zu seinem Vortheil, oder aus gesetzlich gebilligten Gründen zur Strafe enterben [*k*]. 4) Der Testator muſs zu-

1693. Lauterbach L. 28. T. 6. §. 25.

[*a*] L. 4. §. 2. eod.

[*b*] Grupen Disc. for. S. 208. fgg. Pufendorf T. 3. Obs. 1.

[*c*] L. 21. eod.

[*d*] Bardili de substit. Justin. Madihn vicissitud. subst. exempl. Hal. 1775.

[*e*] L. 9. C. de impub. et al. subst. (6. 26.).

[*f*] Die Gründe liegen in §. 36. §. 118. A. M. sind Donellus ad L. 9. C. cit. Lauterbach coll. L. 28. T. 6. §. 39. Voet eod. §. 39.

[*g*] L. 9. C. cit. L. ult. §. 1. C. de curat. furiosi (5. 70.).

[*h*] A. M. sind Voet l. c. §. 27. Lauterbach §. 42.

[*i*] L. 9. C. cit.

[*k*] A. M. ist Coccеii I. C. L. 28. T. 6. qu. 22. und wenig-

vörderst die, mit Vernunft begabten Descendenten, wenigstens Einen [l], nächstdem aber, ohne in Rücksicht andrer Notherben nach den Worten des Gesetzes einer Verpflichtung unterworfen zu seyn [m], die Geschwister, und zwar die, von ihm selbst abstammenden vollbürtigen und Halbgeschwister des Kindes, wenigstens Einen von ihnen, einsetzen [n]. 5) Es erlischt diese Substitutions-Art, wie jede andre, insbesondre aber dadurch, dafs dem Kinde ein *suus* nachgeboren wird, oder dafs dasselbe den Gebrauch der Vernunft wieder erhält [o].

§. 704.

2) Aufserordentliche Testamente. A) Unfeierliche.

Die aufserordentlichen Testamente (§. 690.) sind theils feierliche, theils unfeierliche, oder privilegirte. In Ansehung der letzten hat die Praxis es überhaupt als allgemeinen Grundsatz angenommen, dafs man nicht alle gesetzlichen Solennien, besonders aber nicht die volle Zahl der Zeugen fodern dürfe, wenn ein Nothfall es unmöglich mache, alle gesetzlichen Erfodernisse zu beobachten [p]. Allein wenn auch das Gesetz, worauf man sich gründet [q], nicht blofs auf die Procefs-Form zu beschränken ist [r]: so sollte man es dennoch hier in Ansehung der Solennien, welche, wie die volle Zahl von sieben Zeugen [s], zur Sicherheit des Bewei-

stens in Betreff der exheredatio ob ingratitudinem Toullieu D. utrum exheredato filio possit exemplariter substitui (collect. n. 14.).

[l] L. 9. C. cit. A. M. ist A. L. Seip de subst. exempl. non conditionali. Goett. 1749. den Pflichttheil gegen den übrigen, Voet §. 31. Lauterbach §. 448.

[m] Lauterbach l. c. Jedoch läfst sich viel dafür sagen, dafs den Ascendenten und der Ehefrau als Notherben der Pflichttheil gelassen werden mufs. Römer de coniuge per exemplar. subst. a legitima non excluso. Tub. 1775.

[n] L. 9. C. cit. Hofacker T. 3. §. 1320. A. M. ist in Betreff des Einen: Schott unparth. Critik. 7. B. S. 271. und in Betreff der Stiefkinder des Testators: Gruber de substit. exemplar. fratr. et soror. Alt. 1782.

[o] L. 43. h. t. (28. 6.).

[p] Hellfeld iurispr. for. §. 1486. S. Stryk de testam. in itinere confecto. Frkf. ad V. 1677.

[q] L. 183. de R. I. (50. 17.).

[r] Wie Viele behaupten. Müller ad Leyser Obs. 4. 5.

[s] L. ult. C. de fideic. (6. 42.). E. C. Westphal Unters. d. Fr. ob ein ohne die vorgeschr. Form gemachtes Testament des vorh. gewes. Nothfalls wegen gültig sey. Halle 1791.

ses dienen sollen, nicht zur Anwendung bringen, und also die Regel annehmen, dafs blofs die unfeierlichen Testamente zuzulassen sind, welche die Gesetze namentlich gebilligt haben.

§. 705.

a) Der Soldaten. Unter den unfeierlichen Testamenten ist das abweichendste das militärische, welches von wirklich enrollirten Soldaten [t] während des Feldzuges [u], also nicht in ruhigen Winterquartieren, am wenigsten aber in Friedenszeiten [x], errichtet werden kann. Auch die, zur Bedienung der Armee gehörenden Personen haben das Vorrecht, dafs sie militärisch testiren dürfen; doch unterscheiden sie sich dadurch von wirklichen Soldaten, dafs ihr Testament nur dann gilt, wenn sie sich in Feindes Lande befinden, und hier umkommen [y], während das Testament des Soldaten nicht gerade eine Lebensgefahr voraussetzt, auch nachher bis zur Entlassung des Soldaten immer gültig bleibt, und selbst nach der Entlassung, wenn diese nicht entehrend war, noch ein Jahr lang [z]. Im Uebrigen mufs man ihnen alle folgenden Privilegien der Soldaten gestatten [a].

§. 706.

Deren Vorrechte. Die Vorrechte des militärischen Testaments bestehen I) in Betreff der äufsern Form

[t] L. 42. 43. h. t. (29. 1.). Ueberh. C. van Eck de testam. militari. Franeq. 1689. I. H. Berger de iure militum circa testamenta. Viteb. 1691. Schott de testamento in procinctu (in op. p. 126.). I. A. Ahasverus de M. Cocceio Nerva. Diss. 2. Goett. 1752.

[u] L. 1. L. 17. C. h. t. (6. 21.).

[x] A. M. ist Madihn Abh. Soldaten haben auch in Friedenszeiten die innere Testaments-Form zu beobachten nicht nöthig. Frkf. 1789. und zum Theil Pufendorf T. 3. Obs. 187. in Betreff der Winterquartiere.

[y] L. 44. de testam. milit. (29. 1.) L. un. de B. P. ex test. mil. (37. 13.). Noodt prob. L. 2. c. 4. Ueber die Ideen Anderer: Bynkershoek Obs. L. 4. c. 20. Harprecht de testamento pagani in hostico condito. Hommel de exigua differentia inter testam. milit. et test. pagani in hostico cond. Lips. 1727. Rau de discrimine inter test. milit. et pagani in host. cond. Lips. 1784.

[z] L. 21. L. 26. pr. L. 38. §. 1. h. t. (29. 1.). H. I. O. Koenig quam diu valeat test. militare. Hal. 1780.

[a] Harprecht l. c. §. 21. 52. A. M. ist in Betreff der, die Materie betreffenden Privilegien, Koenig l. c. p. 25.

darin, dafs der Soldat, wenn er im Gefecht ist, ohne Einheit des Acts nichts zu beobachten hat, als was streng zum Beweise erfoderlich ist, dafs er mithin mündlich vor zwey, und schriftlich ohne alle Zeugen testiren kann. Ist er nicht in Lebensgefahr, so mufs er jetzt stets zwey Zeugen zuziehen [*b*]. Eben diefs findet auch statt, wenn er ein, vor dem Kriegsdienst errichtetes Testament bestätigen [*c*], oder ein Testament widerrufen will [*d*]. II) In andern Rücksichten sind die Vorrechte des Soldaten sehr mannigfaltig. Denn 1) kann sein Testament durchaus nicht angefochten werden, wenn er wissentlich jetzige, oder künftige Notherben übergangen hat [*e*]. 2) Er kann, wenn er nicht als Verräther, sondern wegen anderer militärischen Verbrechen zum Tode verurtheilt ist, über sein *peculium castrense* testiren, jedoch nur, wenn ihm, wie es auf sein Verlangen geschehen mufs, das Todesurtheil dazu Erlaubnifs gibt [*f*]. 3) Er kann testiren, auch wenn er zweifelhaft darüber ist, ob er testiren dürfe [*g*]. Er kann ferner 4) in Codicillen einen Erben einsetzen [*h*], auch 5) zur Strafe sonst unfähige Personen, wenige ausgenommen, zu Erben ernennen [*i*]. 6) Im Zweifel erhält sein Erbe nur das, was ihm gegeben ist, und das Uebrige fällt den Intestat-Erben zu [*k*]; daher hier auch das Anwachsungsrecht (§. 673.) nicht eintrit [*l*], und eine Ernennung auf eine gewisse Zeit [*m*], ja sogar in gewissem Betracht eine Vertheilung der Schulden erlaubt ist [*n*]. 7) Sein

[*b*] §. 1. I. h. t. (2. 11.) L. 24. L. 40. eod. (29. 1.). R. A. v. 1512. Tit. v. Testamenten §. 2. Grass Collat. iur. Rom. p. 140. fgg. Ueber die unitas actus Pufendorf T. 1. Obs. 102.

[*c*] L. 9. §. 1. L. 15. §. 2. L. 20. §. 1. L. 25. h. t. (29. 1.).

[*d*] L. 15. §. 1. L. 17. §. 2. L. 34. § 2. eod.

[*e*] §. 6. I. de exhered. liber. (2. 13.) L. 7. L. 8. L. 9. pr. L. 33. L. 36. §. 2. h. t. (29. 1.) L. 9. L. 10. C. eod. (6. 21.). Dennoch geben manche hier eine condictio auf den Pflichttheil. Westenberg de portione legitima cap. 2. §. 29.

[*f*] L. 11. pr. h. t. (29. 1.) L. 13. C. eod. (6. 21.) vergl. mit L. 32. §. 8. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 72. §. 1. de legat. III. (32.) L. 1. de veteran. succ. (38. 12.) L. 11. D. eod.

[*g*] L. 11. §. 1. eod.

[*h*] L. 36. eod.

[*i*] L. 13. §. 2. L. 41. §. 1. eod. L. 5. C. eod. (6. 21.) L. ult. C. de haeret. (1. 5.). Müller ad Leyser Obs. 579.

[*k*] L. 6. L. 17. pr. h. t. (29. 1.) L. 2. 3. C. eod. (6. 21.).

[*l*] L. 37. D. L. 1. C. eod.

[*m*] L. 15. §. 4. L. 41. pr. D. L. 8. C. eod.

[*n*] L. 17. §. 1. D. eod. vergl. mit §. 729. dieses Lehrbuchs.

Testament wird nicht ungültig, wenn er unter die väterliche Gewalt eines Andern kommt [o]; auch erhält man 8) mehrere Testamente, welche nicht erweislich einander aufheben sollen [p]. 9) Der Erbe des Soldaten kann keine *quarta Falcidia* und *Trebellianica* abziehen [q]. Endlich hat der Soldat 10) bey den verschiedenen Arten der Substitution manche Vorrechte. Er kann nämlich A) einem Vulgar-Substituten auch auf den Fall, dafs der Vorerbe sollte angetreten haben, ernennen [r]. Ferner wird B) hier nicht die Regel angenommen, dafs die Vulgar-Substitution stillschweigend die Pupillar-Substitution, und diese jene begreife [s]; auch braucht sich C) der Soldat nicht selbst einen Erben zu ernennen [t]. Endlich kann er D) selbst emancipirten und mündigen Kindern, jedoch nur in Ansehung des, von ihm ererbten Vermögens, einen Pupillar-Substituten ernennen [u], auch diesem da, wo er über das Ganze zu disponiren befugt ist, nur einen Theil zuwenden [x]. In allen übrigen Rücksichten mufs aber auch der Soldat die, bisher erwähnten, und weiter anzugebenden Vorschriften des gemeinen Rechts beobachten [y].

§. 707.

b) Zu frommen Stiftungen.

Sehr begünstigt sind ferner die Testamente, worin fromme Stiftungen [z] bedacht werden [a]. Nach den Gesetzen besteht das Vorrecht darin, dafs ein solches Testament vor zwey Zeugen errichtet werden kann [b], welche denn also auch bey dem schriftlichen zugezogen werden müs-

[o] L. 22. 23. eod.

[p] L. 19. eod.

[q] L. 12. eod.

[r] L. 5. eod.

[s] L. 8. C. de impub. et alior. subst. (6. 26.), Westphal v. Testam. §. 794.

[t] L. 15. §. 5. L. 41. §. 5. h. t. (29. 1.).

[u] L. 8. C. de impub. et al. subst. (6. 26.) L. 41. §. 4. h. t. (29. 1.). I. G. Bauer de substitutione militari. Lips. 1728. (op. T. 1. n. 5.).

[x] L. 10. §. 5. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

[y] L. 16. L. 29. §. 2. L. 41. §. 2. 3. h. t. (29. 1.) L. 11. C. eod. (29. 1.).

[z] Was man unter diesem Ausdruck befafst, zeigt J. H. Boehmer I. E. P. L. 3. T. 26. §. 12. fgg.

[a] Ueberhaupt: G A. Jenichen coniect. de orig. testam. ad pias causs. Lips. 1734. E. Otto de testam. ad pias causs. Ultr. 1735. G. I. Joecher de testam. ad pias causs. sine test. valido. Lips. 1732. Boehmer l. c. §. 19. fgg.

[b] Cap. 4. 11. X. de testam. (3. 26.).

sen [c], obgleich diess Viele läugnen [d]. Was einem Dritten darin hinterlassen ist, ist ungültig, wohl aber ist eine, in ihrer Form, als gemeines Testament, unvollkommene Disposition vermischten Inhalts zum Vortheil der frommen Stiftung aufrecht zu erhalten, wenn sie nur jene privilegirte Form hat [e]. Weiter gehen hier aber die Privilegien nicht, wiewohl Viele auch noch die Abweichung annehmen, dass der Sohn mit Einwilligung seines Vaters über seine Adventitien zum Vortheil einer frommen Stiftung disponiren könne [f]. Dass es erlaubt ist, darin die Erbeneinsetzung der Willkühr eines Dritten zu überlassen, folgt jetzt schon aus dem gemeinen Recht [g].

§. 708.

c) Der Aeltern.

Gleichfalls nur in Ansehung der äusseren Form privilegirt ist das Testament der Aeltern unter Kindern [h], wobey, wenn es schriftlich errichtet wird, gar keine, und wenn es mündlich errichtet wird, nur zwey Zeugen gegenwärtig zu seyn brauchen [i]. Nur ist dabey noch folgendes zu beobachten: 1) der Ausdruck Aeltern begreift hier alle, selbst die entfernteren Ascendenten, zwischen denen noch ein andrer in der Mitte steht [k], aber nicht die

[c] Schoepf de admixt. caussae profan. in dispos. suprem. ad pias causs. Tub. 1743. §. 9. Pufendorf T. 2. Obs. 172.

[d] Heimburg de his quae in ultima volunt. per script. privat. declarata piis caussis relinquuntur. Ien. 1736. §. 21.

[e] F. C. Conradi de modo servando in legator. pior. interpretatione. Helmst 1746. A. M. ist in Betreff der, dritten Personen hinterlassenen Legate Hofacker T. 2. §. 1380.

[f] G. L. Boehmer princ. iur. can. §. 615. Allein s. Kleinschrod de iure filiifamil. disponendi de peculiis. Wirceb. 1804. §. 20.

[g] S. unten §. 800. not. o.

[h] L. Menken de codice parent. int. lib. Lips. 1701. C. Weidling de testam. quae parent. ex priv. Nov. 107. inter lib. condere possunt. Lips. 1701. J. C. Koenig de parent. inter liberos disponentibus. Marb. 1744.

[i] Nov. 107. c. 1. vergl. mit R. A. v. 1512. Tit. v. Testamenten §. 2. Wernher P. 5. Obs. 154. Manche verwerfen mit Menken de testam. par. inter lib. privil. sine scriptura invalido (op. n. 18.) das mündliche ganz. Selbst das schriftliche verwirft Faber Err. pr. D. 35. E. 4. D. 36. E. 9. und die Existenz beider sucht selbst nach Röm. Recht zu vertheidigen Vinnius quaest. sel. L. 2. c. 17.

[k] Lauterbach coll. L. 29. T. 1. §. 26. A. M. ist Pufendorf T. 2. Obs. 30.

Ascendenten eines unehelichen Kindes von väterlicher Seite [l]. 2) Bey einem solchen Testamente muſs der Testator, wenn es schriftlich errichtet wird, A) das Testament selbst schreiben, oder unterzeichnen, auf allen Fall aber die Namen der Kinder eigenhändig [m] schreiben; doch sind ihm Abkürzungen, und Beschreibungen der Kinder, statt der Nennung derselben, nicht untersagt [n]. Alsdann muſs er B) die Portionen der Kinder, und zwar nicht mit Ziffern, sondern vollständig ausgeschrieben mit Buchstaben angeben [o], auch C) das Datum eigenhändig hinzufügen [p], welches aber auch mit Zahlen geschehen kann [q]. D) Eine Erbeneinsetzung dritter Personen ist hier unzulässig; wohl aber können ihnen Vermächtnisse hinterlassen werden, in welchem Fall aber fünf Zeugen zuzuziehen sind [r]. Endlich darf der Erblasser kein früheres Testament errichtet haben, weil dieſs nur einem jüngeren feierlichen weicht [s]. Im Uebrigen steht auch dieses Testament unter den Vorschriften des gemeinen Rechts. Es gilt also nicht, wenn die Willenserklärung abgebrochen ward [t]; auch kann der Testator ungleiche Theile machen [u], den Kindern Vormünder ernennen, und sie sogar enterben [x].

§. 709.

Theilung unter Kindern.

Nicht zu vermengen hiemit ist die sogenannte Theilung der Aeltern unter Kindern, wenn jene nämlich die Intestat-Erbfolge eintreten lassen, aber die einzelnen Sachen, gleichsam wie Prälegate (§. 748.) unter die Kinder vertheilen [y]. Eine solche Theilung kann reell, vermit-

[l] Arg. L. 26. C. famil. herc. (3. 36.). Walch contr. p. 327.

[m] A. M. ist wegen Nov. 119. c. 9. Leyser Sp. 367. m. 4. Pufendorf T. 3. Obs. 5. §. 2. Allein s. Müller Obs. 567.

[n] Pufendorf T. 3. Obs. 5.

[o] Köchy Meditat. 1. S. n. 10.

[p] wenigstens nach der versio vulgata der Nov. 107.

[q] Denn kein Gesetz verbietet es. A. M. ist Grupen disc. for. cap. 3. §. 5.

[r] L. ult. §. ult. C. de codicillis (6. 36.) vergl. mit Nov. 107. c. 1. Köchy a. a. O. n. 12. A. M. ist Müller Obs. 568.

[s] Nov. 107. c. 2. R. A. v. 1512. Tit. v. Testam. §. 2. S. unten §. 827.

[t] L. 15. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 9. C. eod. (6. 22.).

[u] Quistorp Beytr. n. 20.

[x] Köchy a. a. O. n. 11.

[y] Harprecht de divis. parent. inter liberos adhuc in

telst der Uebergabe, oder nur in der Disposition, und in beiden Fällen vertragsmäfsig, oder vermittelst einer einseitigen Vorschrift des Ascendenten geschehen. Im letzten Fall erfodert aber die Disposition einen schriftlichen Aufsatz, welcher vom Erblasser oder den Kindern [z] zu unterschreiben ist [a].

§. 710.

d) der Bauern. Die Testamente der Bauern [b] sind dahin privilegirt, dafs sie, im Fall der Noth, welcher zu vermuthen ist [c], vor fünf Zeugen errichtet werden können, und dafs bey einem schriftlichen Testament der eine schreibkundige Zeuge für die übrigen unkundigen unterzeichnen kann [d]. Als singuläres Recht läfst sich diese Vorschrift nicht auf andre Personen, welche sich auf dem Lande aufhalten, erstrecken [e].

§. 711.

e) Testament zur Pestzeit. Nur in Einem Punct, nämlich darin, dafs die Einheit der Handlung nachgelassen ist, sind die, zur Pestzeit, d. h. bey Epidemien errichteten Testamente privilegirt. Dieses Privilegium existirt wirklich in den Gesetzen [f]; aber es ist eben so wider den Inhalt derselben, wenn Manche [g], mit Berufung auf angeblich allgemeine Grundsätze (§. 704.) auch in Ansehung der Zahl der Zeugen bis auf zwey oder drey herunter steigen, als es ohne allen Grund ist, wenn Andre meynen [h], ein solches Testament erlösche von selbst, sobald die Epidemie aufhöre [i].

vivis. I. H. A. Frankenfeld de discrimine nudae divis. parent. et testam. int. lib. Goett. 1792.

[z] Die Novelle spricht nicht copulativ, wie sich Hofacker §. 1390. ausdrückt.

[a] Nov. 18. c. 7. Nov. 107. c. 3.

[b] F. Philippi de testam. hominum ruralium. Lips. 1690.

[c] Philippi l. c. cap. 4. §. 4. A. M. ist Hommel rhapsod. Obs. 452.

[d] L. ult. C. de testam. (6.23.).

[e] A. M. ist Walch controv. p. 333.

[f] L. 8. C. de testam. (6. 23.). Köchy civilist. Erört. 1. S. n. 3.

[g] Gail L. 2. Obs. 118. n. 18. Schilter Ex. 38. §. 39.

[h] Z. B. Hellfeld iurispr. for. §. 1485.

[i] Stryk cautel. test. c. 14. §. 30. 31.

§. 712.

Nicht aber f) worin übergangene Intestat-Erben eingesetzt sind.

Gewöhnlich zählt man noch zu den privilegirten alle, vor 5 Zeugen errichteten Testamente, worin die, in einem älteren Testament übergangenen Intestat-Erben eingesetzt werden [k]. Allein ohne allen Grund. Denn nach den Gesetzen soll eine solche Disposition als Codicill (§. 780.) gelten, und nur die Besonderheit trit hier ein, daſs solche Codicille ein älteres Testament rumpiren [l].

§. 713.

B) Feierliches des Blinden.

Besondere Feierlichkeiten sind bey dem Testamente eines Blinden zu beobachten [m]. Er muſs nämlich 1) auſser den gewöhnlichen sieben Zeugen noch einen Notar, oder wenn kein solcher zu haben ist, einen achten Zeugen zuziehen; ferner 2) den Erben nennen, und dabey durch Beschreibungen noch genauer bezeichnen. 3) Hat er vorher das Testament geschrieben, so ist es ihm vorzulesen, von ihm zu genehmigen, und von dem Notar und den Zeugen zu unterschreiben, und zu untersiegeln. Erklärt er 4) seinen Willen mündlich, so ist dieser niederzuschreiben, und der Notar und die Zeugen müssen hier wieder unterschreiben und untersiegeln [n]. Des Schreibens und Lesens unkundige Personen kann man offenbar nur insofern den Blinden gleichstellen, daſs sie einen achten Zeugen zur Unterschrift eines schriftlichen Testaments zuziehen, und beym Act des Testirens sich nach Vorlesung des Testaments zu dessen Inhalt bekennen müssen [o].

[k] Höpfner Comm. §. 463. Malblank princ. §. 721.

[l] L. 21. §. 3. C. de testam. (6. 23.).

[m] Koehnen de forma testamenti externa a coeco observanda. Goett. 1782.

[n] L. 8. C. qui test. fac. poss. (6. 22.). R. A. v. 1512. Tit. v. Testam. §. 9.

[o] Denn geschieht dieſs Vorlesen nicht beym Act des Testirens, so ist keine gehörige Gewiſsheit des Willens erweislich. Carpzov Dec. 149. Stryk caut. test. c. 3. §. 21. I. H. Boehmer de testamento non praelecto. Hal. 1699. (Exerc. T. 4 n. 75.). Höpfner Comm. §. 469.

Zweyte Unterabtheilung.

Von Erwerbung der Erbschaften.

§. 714.

I) Art der Erwerbung. Vorläufige Bedingungen.

Von der Erwerbung der Erbschaft [*p*] kann nicht eher die Rede seyn, als nach des Erblassers Tode. Dieser ist zu beweisen; doch wird er bey Verschollenen unter gewissen Umständen vermuthet [*q*]. Sterben der Erbe und Erblasser zugleich, so treten die, oben (§. 211.) aufgestellten allgemeinen Grundsätze ein.

§. 715.

Fortsetzung.

Durch den Tod des Erblassers verliert die Erbmasse ihr bisheriges rechtliches Subject, und heifst bis dahin, dafs der Erwerb derselben entschieden ist, eine ruhende Masse (*hereditas iacens*). Damit durch dieses Ruhen nicht eine Vernichtung des Rechtlichen der Masse bewirkt werde, hat man das Hauptprincip angenommen, dafs die Masse selbst die Person des Erblassers vorstelle, und durch diese Fiction die Fortdauer aller bisherigen rechtlichen Verhältnisse möglich gemacht [*r*]. Zum Schutz der ruhenden Masse kann der Magistrat, wenn der Erblasser nicht defshalb Vorkehrungen traf, einen *curator hereditatis* ernennen, wobey er aber, nach der Meynung Vieler, die nächsten Intestat-Erben nicht übergehen darf [*s*].

§. 716.

Regeln über die Art der Erwerbung.

Die Erwerbung der Erbschaft geschieht auf verschiedene Weise, je nachdem nämlich Jemand als prätorischer Erbe, oder als Civil-Erbe succedirt. Der prätorische Erbe mufs, selbst wenn er unter der Gewalt des Erblassers war, stets freywillig die Erbschaft übernehmen, und zwar gerichtlich, jedoch bey der *bonorum possessio edictalis* weder vor dem competenten Richter, noch auch durch

[*p*] S. überh. Finestres prael. Cervar. II. de acquir. vel om. hered. Leyser Sp. 370. fgg. Westphal von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. Leipz. 1790.

[*q*] S. darüber oben §. 532.

[*r*] §. 2. I. de hered. inst. (2. 14.) L. 34. L. 61. de A. R. D. (41. 1.) L. 31. §. 5. L. 40. L. 44. §. 3. de usurp. (41. 3.). Averan interpr. L. 4. c. 22.

[*s*] I. B. Friese de cura hereditatis iacentis. Ien. 1717.

ein Gesuch um Zuerkennung der Erbschaft, sondern blofs durch Agnition der *bonorum possessio* [t]. Der Civil-Erbe erwirbt in der Regel die Erbschaft auch nur freywillig, aber durch eine aufsergerichtliche, jetzt unfeierliche Erklärung, welche, wenn sie ausdrücklich geschieht, *hereditatis aditio*, wenn sie hingegen durch Facta geschieht, *pro herede gestio* heifst [u]. Zu der letzten gehören natürlich solche Facta, welche keine andre Auslegung leiden [x], und dabey nicht unter der Protestation geschehen sind, dafs man sie nicht als Erbe vornehme [y]. In Ansehung der Sklaven nahm man es indefs an, dafs sie Erben ihres Herrn seyn mufsten; und in Ansehung der, nicht unter die Gewalt eines Andern zurückfallenden Haussöhne, zu welchen aber nicht die, nach dem Tode des Erblassers concipirten und gebornen Kinder gehören [z], dafs ihnen der Nachlafs *ipso iure* zufalle, und von ihnen nicht ausgeschlagen werden könne, welches Letzte nachher durch das prätorische Recht gemildert ist [a]. Haussöhne werden daher *sui et necessarii*, Sklaven *necessarii*, und andre Civil-Erben *heredes extranei* und *voluntarii* genannt [b].

§. 717.

Sowohl bey der Antretung als Agnition.

Die Antretung des Civil-Erben, und die Agnition des prätorischen stimmen in manchen Puncten überein, in manchen sind sie verschieden; und zwar jenes in folgenden

[t] §. 2. I. de bonor. poss. (3. 10.) L. 5. C. unde legitimi (6. 15.) L. 9. C. qui admitt. ad bonor. poss. (6. 9.). Koch bonor. poss. §. 6. A. M. ist E. Gmelin de conv. et different. inter hered. et bon. poss. Goett. 1808. p. 48. 49.

[u] §. 3. 6. I. de hered. qualitate et different. (2. 19.). I. C. Goethe electa de aditione heredit. Giess. 1803.

[x] L. 20. §. 4. de acquir. vel om. her. (29. 2.). Voet eod. §. 5—7.

[y] Müller ad Leyser Obs. 572.

[z] §. 2. 8. I. de hered. quae ab intest. (3. 1.) L. 6. 7. de suis et legit. (38. 16.).

[a] S. darüber unten §. 836.

[b] §. 2. I. de hered. qualit. et diff. (2. 19.). Averan interpr. L. 1. c. 9. P. C. van Goethem de suo herede. Lugd. 1786. F. C. Conradi de iure sui heredis ex adoptione divina. Helmst. 1744. und der unten not. i. citirte G. L. Boehmer. Eigne Ideen über die Geschichte dieses Artikels liefert: C. F. Griesinger Geschichte und neue Theorie der Suität. Stuttg. 1807. Vergl. damit Heidelb. Jahrb. 1808. 2. St. n. 1.

Rücksichten: 1) wer Erbe werden soll, muſs die Absicht haben, es werden zu wollen, diese Absicht ungezwungen erklären, und fähig seyn, sich zu verpflichten [*c*], also, wo er dieſs nicht ist, wie z. B. der Pupill, und gerichtlich erklärte Verschwender, die Handlung unter Zustimmung seiner Vorgesetzten vornehmen [*d*]. Der Haussohn bedarf als solcher nicht mehr der Zustimmung seines Vaters, und gewinnt sogar, wenn er unter dessen Widerspruch die Erbschaft erwirbt [*e*]. Ferner muſs 2) der Erbe überall fähig seyn, die Erbschaft zu erwerben [*f*]; auch muſs er sie 3) stets gerade so annehmen, wie sie ihm durch Gesetz oder Testament angetragen ist; er darf also keine Bedingungen hinzufügen, oder bloſs einen Theil annehmen [*g*]. Vom Erblasser wirklich (*ipso iure*, oder durch Antretung) erworbene Erbschaften darf er also nicht von dem Vermögen des Erblassers trennen, welches jedoch bey dem prätorischen Erben eine Ausnahme insofern leidet, als die prätorische Succession keine Suität kennt [*], daher man es denn auch gar nicht für eine *bonorum possessio extraordinaria* (§. 674.) zu erklären braucht, daſs der Groſssohn die auf seinen Vater *ipso iure* gefallene groſsväterliche Erbschaft abgesondert erhalten, und dagegen die Erbschaft seines, nach dem Groſsvater gestorbenen Vaters ablehnen kann [*h*]; eine Art der *bonorum possessio*, welche freilich als eine nicht aufgehobene prätorische Wohlthat noch jetzt von Nutzen seyn kann, und nach dem System des Codex *B. P. ex edicto unde cognati*, nach *Nov.* 118. aber *B. P. ex edicto unde liberi* zu nennen ist [*i*]. 4) Beide setzen voraus, daſs der Erbe

[*c*] §. ult. de hered. qualit. et differ. (2. 19.) L. 8. de acquir. vel om. hered. (29. 2.) L. 21. §. 5. quod met. caussa (4. 2.) verglichen mit unserm Grundsatz, daſs jedes Geschäft ein bonae fidei negotium ist. Markart interpr. L. 2. c. 13.

[*d*] L. 9. §. 3. de auctor. tutor. (26. 8.) L. 1. de bon. poss. furioso (37. 3.) L. 5. L. 18. in f. C. de iure delib. (6. 30.). Reinold varior. c. 1.

[*e*] L. ult. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[*f*] L. 49. §. 1. de hered. instit. (28. 5.) L. 12. §. 1. de bon. poss. (37. 1.).

[*g*] L. 1. 2. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). G. H. L. Bechtold de hereditatis aditione conditionata. Giess. 1784.

[*] L. 4. de B. P. (37. 1.) L. 14. de B. P. c. t. (37. 4.) L. 2. pr. de B. P. s. t. (37. 11.).

[*h*] L. ult. C. unde liberi (6. 14.).

[*i*] Die Ideen sind über L. ult. C. cit. sehr verschieden. S. Cuiac Obs. L. 4. c. 6. Faber

den Anfall der Erbschaft, und den Grund des Anfalls bestimmt und unbezweifelt wisse [k]. 5) Die Annahme der Erbschaft kann sofort nach des Erblassers Tode geschehen [l], den einzigen Fall ausgenommen, wenn der Erblasser mit Gewalt umgebracht ist. Denn dann mufs der Erbe nach dem *SCto Silaniano*, *Claudiano*, *Pisoniano*, und andern Gesetzen, so lange mit der Antretung warten, bis die Haussklaven des Ermordeten zur Inquisition gezogen sind [m]. Ist die Ermordung ohne Gewalt geschehen, so kann er sofort antreten, mufs aber, nach dem prätorischen Edict, den Mord zu rächen suchen [n]. Jetzt hält man ihn höchstens zu einer Denunciation verpflichtet [o]. 6) Das Vermögen des Erblassers darf nicht confiscirt, also derselbe nicht zum Tode verurtheilt gewesen seyn. Nur die Verwandten bis zum fünften Grade eines, wegen militärischer Verbrechen zum Tode verurtheilten Soldaten können eine *bonorum possessio extraordinaria* (§. 674.) erhalten [p].

§. 718.

Unterschied zwischen beiden.

Die Antretung und Agnition, oder deren Arten, sind aber in folgenden Puncten verschieden: 1) für beide sind in Ansehung der Zeit, binnen welcher sie stattfinden, ganz verschiedene Fristen gesetzt [q]. 2) Die Antretung und die Agnition eines wirklichen Erbrechts, kann nach den Begriffen der Römer nicht durch einen Bevollmächtigten geschehen [r], wohl aber die Agnition einer provi-

err. pragm. Dec. 29. E. 7—10. Fachinei controv. L. 6. c. 66. A. Bauer utrum nepos abstinens a hereditate in allodio et feudo avi succedere possit. Marb. 1793. §. 11. G. L. Boehmer de discrimine suor. et emancipator. §. 14. I. H. Boehmer Ius D. L. 38. T. 6. §. 2. Koch bonor. possessio. §. 17. §. 27. S. 278—280. §. 30. nr. V.

[k] L. 22. L. 32. §. 1. de acquir. vel om. hered. (29. 2.).

[l] Stryk U. M. L. 29. T. 3. §. 3.

[m] L. 1. §. 17. 20. de SCt. Silan. (29. 5.).

[n] L. 1. §. 21. L. 5. §. 2. L. 25. eod.

[o] Stryk L. 29. T. 5. §. 2. Boehmer ad Carpzov Qu. 34. Obs. 4.

[p] Tit. P. de veteran. et milit. successione. (38. 12.).

[q] S. darüber unten §. 1044.

[r] L. 90. pr. de acquir. vel om. hered. (29. 2.) L. 6. C. de iure delib. (6. 30.). Stryk U. M. L. 29. T. 2. §. 7. A. M. ist Averan int. L. 1. c. 12.

sorischen *bonorum possessio* [s]. 3) Die Agnition einer *bonorum possessio* der letzten Art kann von Vormündern Namens ihres Untergebenen geschehen [t]; dagegen muſs der, welcher wirklicher Erbe werden will, sich selbst erklären, sogar dann, wenn er unter Vorgesetzten steht, und nach älterem Recht sogar dann, wenn er ein Kind ist, wenigstens durch Facta [u]. Nur zwey Ausnahmen machen die neueren Gesetze, nämlich daſs der Tutor Namens des *Pupillus infans*, und der Vater Namens eines, in der Kindheit stehenden Haussohns antreten oder *bonorum possessio* suchen kann [x]. Fällt einem blödsinnigen Curanden, oder einem blödsinnigen Haussohn, welcher die Jahre der Kindheit überschritten hat, eine Erbschaft zu, so kann er sie nicht erhalten; doch ist es dem Vater und Curator erlaubt, um eine interimistische *bonorum possessio*, oder oft so genannte *b. p. decretalis* (§. 674.) nachzusuchen. Kommt der Erbe zu Verstande, so kann er die Erbschaft antreten, oder ausschlagen; stirbt er aber im Wahnsinn, so fällt alles an die zurück, denen die Erbschaft ohne seine Concurrenz würde zugefallen seyn [y]. Daſs der Vater nach dem Tode des wahnsinnigen Haussohns in diesem Fall die Erbschaft für sich nehmen könne, ist unerweislich [z].

§. 719.

II) Wirkung der Erwerbung.

Die Wirkungen der Antretung bestehen nach den ursprünglichen Rechtsgrundsätzen im Wesentlichen darin, daſs der Erbe nach Maaſsgabe der Gröſse seines Erbtheils in die, auf einen Andern übertragbaren Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers eintrit [a], daſs in eben dieser Maaſse eine

[s] Auch die Ratihabition gilt hier L. 3. §. 7. de bon. poss. (37. 1.). Sonderbar ist hierüber die Entscheidung in L. 16. eod. für den Fall des, vor der Ratihabition eintretenden Wahnsinns.

[t] L. 1. de bon. poss. furioso (37. 3.).

[u] L. 65. §. 3. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 5. L. 18. C. de iure delib. (6. 30.) L. 7. §. 3. 4. C. de curat. fur. (7. 70.).

[x] L. 18. C. de iure delib. (6. 30.). v. Löhr über die Begriffe von Tutel und Curatel S. 59 — 63.

[y] L. 7. §. 34. C. de curat. fur. (7. 70.). G. B. Beckmann de acquis. hered. dementi delatae. Goett. 1772.

[z] A. M. ist Beckmann l. c. §. 32. wegen L. 8. pr. §. 1. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Allein s. Koch bonor. poss. §. 7. princ.

[a] L. 8. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

Confusion und Consolidation seines eignen und des ererbten Vermögens erfolgt, daſs er die Handlungen des Erblassers in eben jener Maaſse nicht anfechten darf [*b*], und dagegen den, ihm vom Erblasser gemachten Auflagen nachkommen muſs [*c*].

§. 720.

Bestimmung der Theile.

Hat der Erblasser die Theile genau und erschöpfend bestimmt, so succedirt der Erbe in den, ihm angewiesenen Theil. Ist aber zu wenig, oder zu viel vertheilt, so muſs dieſs nach den Gesetzen verbessert werden. Hier gelten nun folgende Haupt-Regeln: 1) mehrere, in derselben Proposition genannte Erben stellen in Rücksicht andrer nur Eine Person vor [*d*]. 2) Sind mehrere Personen ohne Benennung der Theile eingesetzt, so theilen sie nach Köpfen, und eben dieſs gilt, wenn ihnen statt idealer Theile (*pars quota*) nur einzelne Sachen angewiesen wurden [*e*]. 3) Sind einige Erben zu idealen Theilen gerufen, andre zu einer einzelnen Sache, so werden die letzten gar nicht als Erben behandelt [*f*]. 4) Hat der Erblasser durch Anweisung idealer Theile das Ganze nicht erschöpft, so wird der Rest nach Maaſsgabe der Gröſse jener Theile den einzelnen Erben zugelegt, wenn alle zu einem bestimmten Theile gerufen waren, sonst aber allein dem, ohne Nennung des Theils unbestimmt eingesetzten Erben [*g*]. 5) Ist die Masse überschwert, so müssen die Erben, wenn jeder auf einen bestimmten Theil eingesetzt ist, sich diesen Theil verhältniſsmäſsig kürzen lassen; sind aber einige bestimmt auf feste Theile, andre unbestimmt eingesetzt, und erschöpfen oder übersteigen jene Theile schon die Masse, so erhält jeder nur die Hälfte, oder, wenn dabey noch eine Ueberladung bleibt, ein Drittheil seiner bestimmten Portion, u. s. w., und das, was dadurch gewonnen wird, fällt dem unbestimmt gerufenen Erben zu; doch erhält dieser nichts,

[*b*] L. 73. de evict. (21. 2.) L. 14. C. eod. (8. 45.) L. 14. C. de rei vindicat. (3. 32.). Voet L. 6. T. 1. §. 16. C. P. Stoll de facto defuncti ab herede praestando. Alt. 1693.

[*c*] §. 5. I. de obl, quae quasi ex contr. (3. 28.).

[*d*] L. 11. L. 13. pr. de hered. inst. (28. 5.).

[*e*] L. 1. §. 4. L. 9. §. 12. L. 10. eod.

[*f*] S. oben §. 669. a. E.

[*g*] §. 6. 7. 8. I. de hered. inst. (2. 14.) L. 17. §. 3. L. 18. eod. (28. 5.).

wenn der Erblasser nach Erschöpfung der Masse gesagt hat, er solle das Uebrige haben [*h*]. Wird aber dem Einen ein Theil vom Ganzen des Andern angewiesen, so ist dieser Theil ganz für den ersten abzurechnen [*].

§. 721.

1) Pflichten des Erben, A) gegen Gläubiger.

Die Pflichten des Erben, welche, wie die Rechte desselben, noch eine besondere Erörterung verdienen, lassen sich auf zwey Haupt-Classen reduciren: Pflichten gegen seine Miterben, und: Pflichten gegen Erbschaftsgläubiger. Zu den letzten gehören 1) die Gläubiger des Erblassers selbst. Diesen mufs der Erbe, als Nachfolger seines Vorgängers, aus eben dem Grunde haften, aus welchem ihnen der Verstorbene verbunden war, und zwar mufs er die Schulden der Masse nach der Strenge des Rechts selbst mit seinem eignen Vermögen nach Maafsgabe der Gröfse seiner Portion decken [*i*]; doch dürfen ihn die Gläubiger in den ersten neun Trauertagen nicht in Anspruch nehmen [*k*]. Ferner gehören 2) dahin die Legatarien, und Fideicommissarien, denen er die Legate und Fideicommisse eben so auszuzahlen schuldig ist, als ob er es ihnen förmlich durch einen Contract versprochen hätte [*l*].

§. 722.

Deliberation.

Ehemals konnte der Erbe sich dieser Pflichten auf keine Weise entziehen; doch war es ihm erlaubt, die Zuträglichkeit der Antretung in Ueberlegung zu nehmen. Ward er gedrängt, so mufste er sich eine Deliberations-Frist vom Richter erbitten, welche aus Gründen mehrmals erstreckt werden konnte, und dem Erben das Recht gab, auf alle mögliche Art den Bestand der Masse zu untersuchen [*m*]. Jetzt kann der Erbe (welcher, zum Zweck der Trans-

[*h*] S. die vorhergehende Note.

[*] L. 23. C. de legat. (6. 37.).

[*i*] L. 49. de O. et A. (44. 7.) L. 2. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 59. de R. I. (50. 17.) Nov. 48. praef.

[*k*] Nov. 115. c. 5. §. 1.

[*l*] §. 5. I. de obl. quae quasi ex contr. (3. 28.) L. 3. §. 3. quib. ex causs. in poss. eat. (42. 4.) L. 1. C. commun. de legat. (6. 43.).

[*m*] Tit. P. de iure delib. (28. 8.). S. überh. die, oben §. 675. not. o. all. Schriften, und G. Beseke de cretione, iure deliberandi, et inventario in adeunda hered. Hal. 1773. N. Rumpf de iure delib. et benefic. invent. Goett. 1777.

mission (§. 675.), eine, uneigentlich so genannte Deliberationsfrist von einem Jahr hat) [n], im Fall dafs ihn die Interessenten drängen, nur eine einzige Frist erbitten, und diese wird ihm ein für allemal vom Richter nur auf neun Monate, vom Regenten auf ein Jahr vom Augenblick der Concession ertheilt. Läfst er diese Zeit ohne Erklärung verstreichen, so wird er auf Verlangen zum Vortheil andrer Erben als Nichterbe, zum Vortheil der Gläubiger als Erbe behandelt [o].

§. 723.

Beneficium inventarii. Weit mehr gedeckt ist der Erbe durch das, von Justinian eingeführte *beneficium inventarii* [p], wodurch aber zugleich die Lage dessen, welcher sich dieser Wohlthat nicht bedient, und blofs, oder gar nicht deliberirt, sehr verschlimmert ist; wiewohl man das Recht der Deliberation nicht für ganz unnütz halten kann [q].

§. 724.

Bedingungen. Um die Wohlthaten des Inventars zu geniefsen, mufs der Erbe genau folgendes beobachten: Er mufs 1) ohne zur Versiegelung verpflichtet zu seyn [r], binnen dreyfsig Tagen nach erhaltener Nachricht vom Anfall der Erbschaft die Aufzeichnung des Vermögens anfangen, und binnen sechzig Tagen, oder, wenn das Vermögen zerstreut ist, binnen Jahresfrist vollenden, auch darin alles getreu angeben, widrigenfalls er das arglistig Untergeschlagene doppelt anrechnen mufs, und davon den Legataren nichts abziehen kann [s]. Aufserdem müssen 2) bey der Aufzeichnung Notare zugezogen, auch dazu alle Interessenten geladen werden. Erscheinen diese nicht, so müssen deren Stelle drey unbescholtene Zeugen vertreten [t]. Die Praxis ist hier jedoch oft gelinder, welches auch da, wo die Obrigkeit den Nachlafs versiegelt hat, und denselben unter

[n] L. 19. C. de iure delib. (6. 30.). Meine Vers. 2. B. S. 189. fgg. vergl. mit Schöman Handb. 2. B. S. 343—355.

[o] L. 22. §. 13. 14. eod.

[p] S. vorhin §. 722. not. m. Lauterbach de inventario hereditatis. Tub. 1650. v. der Steen de benefic. inventarii.

[q] Reichelm Vers. einer Ausl. dunkler Ges. n. 6.

[r] Müller ad Leyser Obs. 561.

[s] L. ult. §. 2. 3. 10. C. de iure delib. (6. 30.) Nov. 1. c. 2.

[t] L. ult. §. 2. 3. C. eod.

ihrer Auctorität inventiren läſst, sehr wohl vertheidigt werden kann [*u*].

§. 725.

Wirkungen desselben.

Die Vortheile des Inventars bestehen darin, 1) daſs der Erbe während der Errichtung durch keine Foderung belästigt werden darf [*x*]. Ist es 2) vollendet, so kann der Erbe zwar nicht die ganze Erbschaft den Gläubigern überlassen, und sich dadurch von allen Pflichten lossagen [*y*]; allein er braucht A) die Schulden nur so weit zu zahlen, als die Masse reicht, und kann die, sich zuerst meldenden Gläubiger, welche dann mit den übrigen die Sache auszumachen haben, selbst durch Angabe an Zahlungsstatt (§. 93.) befriedigen [*z*]. Ferner bleiben ihm B) seine, ihm gegen den Erblasser zugestandenen Foderungen [*a*]; im Uebrigen aber trit auch im Fall des errichteten Inventars die Confusion ein [*b*]. C) Ein zufälliger Abgang der Erbmasse schadet ihm nicht [*c*]; auch kann er D) die Leichen- und Inventur-Kosten unbedingt vorabziehen [*d*], so wie E) bey Zahlung der Legate und Fideicommisse die *quarta Falcidia* und *Trebellianica* [*e*]. Sollten die Interessenten glauben, daſs er mehr, als das Inventar aussagt, besitze, so können sie ihm, ohne weitere besondere Bescheinigung der Verdachtsgründe, den Manifestations-Eid abfodern; nur muſs es denkbar seyn, daſs der Erbe mehr in Händen habe [*f*]. Endlich hat F) das Inventar die merkwürdige Folge, daſs der, welcher vom Erben eine, zu der Masse gehörige Sache erstanden hat, gegen die Foderungen aller Pfandgläubiger gedeckt ist,

[*u*] Vergl. Mevius P. 5. Dec. 145. Fratr. Beckmannorum Cons. 16. n. 11.

[*x*] L. ult. §. 11. C. de iure delib. (6. 30.).

[*y*] A. M. ist Franzke resol. L. 3. R. 6. Allein s. Hert de effect. invent. non confecti (op. V. 2. T. 3. D. 12.) S. 2. §. 8. Mevius P. 1. Dec. 39. 40. P. 2. Dec. 357. P. 3. Dec. 18. P. 8. Dec. 442. I. C. Koch an post hered. cum b. inventarii aditam hereditatis renunciationi adhuc locus sit, nec ne. Giess. 1773. §. 10.

[*z*] L. ult. §. 4. 5. 6. C. eod.

[*a*] L. ult. §. 9. C. eod.

[*b*] Voet Comm. L. 6. T. 1. §. 16. Dabelow v. Conc. S. 344. 345. A. M. ist Hert l. c. Sect. 1. §. 12.

[*c*] L. ult. §. 4. C. eod.

[*d*] L. ult. §. 9. C. eod.

[*e*] L. ult. §. 4. C. eod. Nov. 1. c. 2.

[*f*] L. ult. §. 10. C. eod. Leyser Sp. 364. m. 6. 7. vergl. mit Malblank de iureiur. §. 48. pr.

welche nun an die befriedigten schlechteren Creditoren und Legatarien ihren Regreſs nehmen müssen [g].

§. 726.

Wirkung des nicht errichteten Inventars.

Wird kein Inventar errichtet, so bleibt es bey dem älteren Recht. Der Erbe muſs also die Schulden mit seinem eignen Vermögen decken [h], und die Confusion trit unbedingt ein. Er soll sogar jetzt den Legataren und Fideicommissaren nicht einmal ein Viertheil abziehen dürfen, und noch dazu verpflichtet seyn, sie im Nothfall aus seinem eignen Vermögen zu befriedigen [i]. Diese Folgen der Nichterrichtung des Inventars können zwar wohl zum Nachtheil freywillig im Testament bedachter Personen durch eine Vorschrift des Erblassers abgewandt werden [k], nicht aber zum Nachtheil der Gläubiger des Erblassers, und der Notherben [l]. Ist jedoch der Erbe ohne seine Schuld an der Errichtung des Inventars gehindert worden, so wird er nach der Praxis behandelt, als ob er *sub beneficio inventarii* angetreten habe, und eine eidliche Specification vertrit dann die Stelle des Inventars [m]; sonst aber nach gemeinem Rechte nicht [n], er möchte denn Soldat seyn, in welchem Fall ihm, zwar nicht in Betreff der Legate, aber wohl in Betreff der Erbschaftsschulden die Nichterrichtung des Inventars verziehen wird [*].

§. 727.

B) Pflichten gegen Miterben.

In Verhältniſs zu den Miterben ist jeder Erbe verpflichtet, die Masse, insofern er in deren Besitz ist, gehörig zu administriren, und sich mit den Miterben auf Verlangen durch Theilung abzu-

[g] L. ult. §. 5. 8. C. eod.

[h] Ueberh. s. H. de Cocceii de poena non confecti ab herede invent. und den §. 725. not. y. angef. Hert.

[i] L. 22. §. 14. C. de iure delib. (6. 30.) Nov. 1. c. 2. §. 2. Hert l. c. S. 2. §. 1. fgg. Hofacker T. 2. §. 1541. Hartmann de herede legatariis et fideic. neglecto licet invent. ultra vires hered. non oblig. Lips. 1744. A. M. ist Huber prael. L. 28. T. 8. §. 8.

[k] Arg. L. ult. §. 1. C. arbitr. tutelae (5. 51.). Leyser Sp. 364.

[l] S. Stryk de remissione inventarii. Wittenb. 1691. Malblank de iureiur. §. 48.

[m] Mevius P. 6. Dec. 180. Struben 3. B. 86. Bed.

[n] Müller ad Leyser Obs. 563.

[*] L ult. §. ult. C. h. t. (6. 30.) vergl. mit Nov. 1. c. 3. §. 2. und dem ganzen Inhalt dieser Novelle.

finden. Da eine solche Theilung nicht blofs gerichtlich, sondern auch auf andre Weise geschehen kann, und alle Arten der Theilung manches mit einander gemein haben: so mufs hier die Lehre von der Erbtheilung in ihrem ganzen Umfange vorgetragen werden [o].

§. 728.

Besondere Pflicht zu theilen.

Die Erbtheilung kann auf mehrfache Weise geschehen, nämlich I) vom Erblasser, und zwar 1) unmittelbar, wenn derselbe im Testament, oder Codicillen, oder auf die, oben (§. 709.) angegebene Art unter Kindern die Theilung vornimt [p]; 2) mittelbar dadurch, dafs er einem Dritten das Geschäft der Theilung überträgt [q]. II) Von den Erben, entweder durch eigne Uebereinkunft, oder dadurch, dafs sie einem *arbitrator* die Theilung überlassen [r]. Endlich III) gerichtlich, wenn ein Erbe die *actio familiae herciscundae* gegen die andern anstellt, und der Richter über die Theilung entscheidet [s]. Die richterliche Bestätigung einer aufsergerichtlich geschehenen Theilung ist aber nicht als richterliche Theilung zu behandeln [t].

§. 729.

Regeln über die Erbtheilung.

In Ansehung aller dieser Arten der Erbtheilung sind folgende allgemeine Grundsätze merkwürdig: 1) Wer bey einer Erbtheilung concurriren will, mufs sich, wenn es verlangt wird, zuvörderst als Erbe legitimiren [u]. 2) Nur das, worüber der Erblasser disponiren durfte, und was vererbt wird, kann der Theilung unterworfen werden. Alles, zur Masse nicht Gehörige mufs also von derselben vor der Theilung gesondert werden [x], mithin auch alles zur Strafe Verwirkte [y], und alles, was der Privat-Mann nicht besitzen darf [z]. Aus eben dem

[o] Ueberh. I. Voet de familia herciscunda (im Auszuge in dessen Comm. L. 10. T. 2.). Grass de arbitr. famil. hercisc. Gebauer de hercto cito ob inaequalitat. in melius reformando. (op. T. 1.).

[p] L. 33. L. 39. §. ult. famil. herc. (10. 2.) L. 10. C. eod. (3. 36.) L. 36. de hered. inst. (28. 5.).

[q] Voet Comm. L. 10. T. 2. §. 5.

[r] L. ult. C. de pact. (2. 3.).

[s] Tit. P. fam. herc. (10. 2.).

[t] Struben 5. B. 127. Bed.

[u] L. 1. §. 1. fam. hercisc. (10. 2.).

[x] L. 17. C. eod. (3. 36.).

[y] L. 9. de iure fisci (49. 14.).

[z] L. 4. §. 1. h. t. (10. 2.).

Grunde können denn auch die Schulden des Erblassers wider die, durch die idealen Erbtheile *ipso iure* geschehene Vertheilung derselben, keinem Erben auf eine, den Gläubiger bindende Weise, weder vom Richter, noch von den Erben, selbst in der Regel [*a*] nicht einmal vom Erblasser, zugelegt werden [*b*]; während, wegen der allgemeinen Zulässigkeit der Cessionen, eine abgesonderte Ueberlassung der Activ-Foderungen, selbst bey gerichtlichen Theilungen im Fall der Noth, erlaubt ist [*c*]. Indeſs steht es natürlich dem Erblasser frey, den Gläubiger zu dessen Vortheil an einen bestimmten Erben in der Maaſse, wie er den letzten mit Legaten beschweren kann, zu verweisen; nur muſs es durch eine, zu Legaten gehörige Förmlichkeit geschehen, also nicht durch einen Vertrag [*d*]. Natürlich wird aber der Gläubiger dadurch nicht gebunden, sich allein an den Angewiesenen zu halten. 3) Die Theilung kann auf verschiedene Art geschehen, nämlich entweder dadurch, daſs die Substanz in der Gemeinschaft bleibt, und der Nutzen getheilt wird; oder durch Ueberlassung der Sache, gegen einen zu vertheilenden Preis, an einen Dritten; oder dadurch, daſs dem Miterben einzelne Sachen gegen einen Preis, oder gegen Aufgebung seiner Ansprüche an andere Sachen überlassen werden. Im ersten und letzten Fall kann die Frage entstehen: welche Ansprüche der Miterbe, dem die zugetheilte Sache evincirt wird, an die andern hat? Hier gelten denn die Regeln: A) wenn der Erblasser selbst getheilt hat, so sind sich die Miterben in der Regel Evictionsleistung schuldig. War aber die Theilung nur eine Art von Prälegat, so kann der Erbe nur insofern Evictions-Leistung fodern, wie (nach §. 759.) jeder Legatar, dem eine vermachte fremde Sache evincirt ist, unbedingt aber, wenn sein Pflichttheil da-

[*a*] Eine Ausnahme enthält L. 16. de compensat. (16. 2.) L. 17. §. 1. de testam. milit. (29. 1.). Voet Comm. L. 29. T. 2. §. 23. 24.

[*b*] L. 3. de transact. (2. 15.) L. 45. §. 2. mandati (17. 1.) L. 69. §. 2. de legat. II. (31.) L. 25. C. de pact. (2. 3.).

[*c*] §. 21. I. de legat. (2. 20.) L. 44. §. 6. L. 75. §. 2. de legat. I. (30.) L. 18. C. de legat. (6. 37.). C. L. Crell de divis. nom. in iudic. fam. hercisc. Vit. 1743.

[*d*] L. 69. §. 2. de leg. 1. (30.) L. 56. §. 1. de V. O. (45. 1.). Mevius P. 5. Dec. 66. A. M. ist A. A. Heyland de valore pacti inter creditorem et debitorem initi, vi cuius creditor singulos debitoris heredes in solidum convenire potest. Lips. 1720.

durch verletzt wird [*e*]. Geschah aber B) die Theilung nach des Erblassers Tode, so ist sie dem Tausch und Kauf gleichzusetzen, und der Erbe hat stets Ansprüche auf die Evictions-Leistung [*f*]. 4) Hat der Erblasser getheilt, so kann nur über die Verletzung des Pflichttheils geklagt werden [*g*]. Die richterliche Theilung dagegen kann man nur wegen einer arglistigen, nie aber, nach eingetretener Rechtskraft, wegen einer unbilligen Ungleichheit anfechten. Die aufsergerichtliche, selbst die eines Arbitrators [*h*], läfst sich eben so wegen einer Arglist, aufserdem aber auch wegen einer unmäfsigen Verletzung anfechten. Geringere Verletzungen kommen nicht in Betracht [*i*]. Die übrigen Gründe, aus denen man richterliche Urtheile und Verträge anfechten kann, sind natürlich auch hier nicht ausgeschlossen [*k*].

§. 730.

Actio familiae herciscundae.

In Ansehung der *actio familiae herciscundae*, welche *utiliter* auch von Fideicommifs-Erben, dem arrogirten Unmündigen, wegen der *Quarta Divi Pii*, und vom Käufer einer Erbschaft, aber nur immer gegen einen Erben angestellt werden kann [*l*], sind insbesondere noch folgende Hauptsätze wichtig: 1) Nur der, welcher über sein Vermögen disponiren kann, darf einseitig diese Klage anstellen. Als Beklagter mufs er sich darauf einlassen, und dann bedarf selbst der Vormund keines Decrets des Magistrats [*m*]. Abwesenden Beklagten wird ein Curator bestellt [*n*]. 2) Die Klage ist eine universelle, und kann nicht wiederholt nach einander angestellt werden, ausgenommen

[*e*] L. 33. h. t. (10. 2.) L. 77. §. 8 de legat. II. (32.). Ueber die Ideen Andrer: Glück Comm. 10. B. S. 107 — 111.

[*f*] L. 20. §. 3. L. 66. §. ult. h. t. (10. 2.) L. 14. C. eod. (3. 36.) L. 1. C. commun. utriusque iudicii (3. 38.).

[*g*] L. 10. C. h. t. (3. 36.).

[*h*] S. oben §. 200.

[*i*] L. 3. C. commun. utriusque iud. (3. 38.) L. 36. h. t. (10. 2.) L. 27. de re iudic. (42. 1.) L. 2. L. 8. C. de rescind. vend. (4. 44.). Ueber die abweichenden Ideen Andrer s. Gebauer l. c. Püttmann probabil. c. 7. Voorda elect. c. 26. Meurs de inaequal. hered. divis. (Oelrichs Th. nov. Vol. 5.). Cocceii I. C. L. 10. T. 2. qu. 6. 7. Glück Comm. 10. B. §. 734.

[*k*] L. 7. §. 4. 11. 12. L. 8. L. 9. L. 16. §. ult. de minor. (4. 4.).

[*l*] L. 2. §. 1. 18. L. 40. h. t. (10. 2.).

[*m*] L. 7. pr. de reb. eor. qui sub tut. (27. 9.) L. 17. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.). Voet L. 10. T. 2. §. 15.

[*n*] L. 17. C. h. t. (3. 36.).

von dem, bey der Theilung vergessenen Miterben [o]. Wegen dessen, was ungetheilt blieb, ist also nachher nur noch die *actio communi dividundo* (§. 574.) zulässig. Geschah die Theilung aufsergerichtlich, so wird dadurch die *actio familiae herciscundae* nicht ausgeschlossen [p]. 3. Der nächste Zweck der Klage ist Theilung; zufällig können aber auch persönliche Leistungen und Foderungen des Verwalters der Masse dabey in Anrege kommen [q]. In dieser Hinsicht gilt ganz das, was oben (§. 574.) von der *actio communi dividundo* gesagt ist. 4) Bey der Theilung sind zuvörderst alle accessorischen Sachen dem, welchem die Hauptsache zufällt, hingegen die, der Masse ungetheilt zu erhaltenden Sachen dem Haupterben zu überliefern, oder gerichtlich zu deponiren, oder durch das Loos, oder eine Uebereinkunft einem Erben, oder sonst Jemand anzuvertrauen [r]. Das Uebrige, was der Theilung bedarf, wenn keine Ausgleichung durch wechselseitige Vertheilung mehrerer Sachen möglich ist [s], ist dem Miterben zuzusprechen, welcher das Mehrste bietet, oder bey gleichem Gebot den gröfsten Antheil an der Sache hat [t]. Ueberbieten sich die Erben nicht, so mufs der Richter die Sache öffentlich zum Verkauf ausbieten [u], oder, wenn die Erben diefs nicht wollen, durch Theilung der Rechte an der Sache eine Auskunft treffen [x]. Hat der Richter die mehreren Sachen in Portionen getheilt, oder haben, wo diefs nicht geschehen konnte, mehrere Erben gleich viel geboten: so entscheidet das Loos, aber doch nur dann, wenn der Richter sonst keinen vernünftigen Entscheidungsgrund finden kann [y]. Dabey mufs der Richter sich bemühen, die Theilung dritten Personen so wenig als möglich lästig zu machen [z]. Deutsche

[o] L. 17. C. cit. L. 20. §. 4. L. 44. §. 2. D. eod. (10. 2.).

[p] L. 32. D. L. 11. L. 21. C. eod.

[q] L. 19. L. 22. §. 4. L. 44. §. 3. L. 56. eod.

[r] L. 4. §. 3. L. 5. eod. L. 2. C. si uni ex plurib. (7. 68.).

[s] §. 4. I. de offic. iudic. (4. 17.) L. 2. pr. §. 1. 2. 3. L. 25. §. 20. h. t. (10. 2.).

[t] L. 22. §. 1. L. 32. §. 1. eod. L. 1. C. commun. divid. (3. 37.).

[u] L. 1. 3. C. l. c. L. 22. §. 1. L. 55. h. t. (10. 2.). Pufendorf T. 4. Obs. 110. Struben 2. B. 28. Bed.

[x] L. 16. §. 2. eod. L. 6. §. 1. de usufr. (7. 1.).

[y] L. 5. h. t. (10. 2.) L. 3. C. commun. de legat. (6. 43.) vergl. mit L. 8. de pact. (2. 14.) L. 47. pr. in f. C. de SS. eccl. (1. 3.). Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 35.

[z] L. 25. §. 6. h. t. (10. 2.). Voet l. c. §. 23.

Statuten geben an manchen Orten bey der Erbtheilung dem Aelteren, oder der Frau das Recht, die Portionen zu machen, und dem Jüngeren, oder dem Mann das Kührrecht [*a*]. 5) Verbot der Erblasser auf kurze Zeit die Theilung, so ist die *actio familiae herciscundae* inzwischen unzulässig [*b*]. Merkwürdig ist endlich 6) noch, dafs die Klage wegen mehrerer Erbschaften vereint angestellt werden kann [*c*].

§. 731.

Collation. Bey der Erbtheilung kann oft der Fall vorkommen, dafs ein Erbe sich etwas mufs abrechnen lassen, was er von dem Erblasser erhalten hat. Diefs nennt man Collation [*d*]. Der Erfinder dieses Instituts ist der Prätor, welcher dabey von dem Princip ausging, dafs der emancipirte Descendent dem *suo*, wenn er demselben gegen die Grundsätze des Civil-Rechts durch seine Concurrenz als prätorischer Intestat-Erbe schade, alles conferiren müsse, was er nach der Emancipation auf irgend eine Weise erworben habe. Emancipirte Kinder, und *sui* unter sich conferirten also einander nicht, auch nicht der Emancipirte dem *suo*, wenn er diesem durch seine Concurrenz nicht schadete [*e*]. Später ward durch Kaiserliche Verordnungen das ganze Institut umgeschaffen, und das allgemeine Princip angenommen: es sey zu vermuthen, dafs der Vater keines seiner Kinder begünstigen wolle. Jeder, als Intestat- oder directer Testamentserbe succedirende Descendent solle mithin im Zweifel dasjenige, was er vom Erblasser erhalten habe, den, mit ihm concurrirenden Descendenten conferiren [*f*].

[*a*] Hellfeld iurispr. for. §. 733.

[*b*] L. 1. L. 70. pro socio (17. 2.) L. 14. §. 2. commun. divid. (10. 3.).

[*c*] L. 25. §. 3—5. h. t. (10. 2.) L. 52. §. 14. pro socio (17. 2.).

[*d*] A. Vinnius de collat. Amstel. 1651. H. Vulteius de collat. bonor. Marb. 1585. I. A. Beck de collat. bonor. Nor. 1741. Stryk de succ. ab intest. Diss. 11. F. G. Zoller de iure conferendi. Lips. 1765. G. Mascov de collat. bonor. Lips. 1742. K. Pfizer über die Collation der Descendenten. Stuttg. 1807. D. Unterholzner hist. doctr. iur. Rom. de collationibus. Altorf. 1809.

[*e*] L. 1. §. 3. 4. 5. h. t. (37. 6.). Vinnius l. c. cap. 3. 4.

[*f*] L. 12. L. 16. L. 17. L. 19. C. eod. (6. 20.) Nov. 18. c. 6. Nov. 118. c. 1.

§. 732.

Wer conferirt?

Die Pflicht zur Collation findet also nun unter allen Descendenten statt, jedoch natürlich nur unter denen, welche, auch wenn sie durch ein Testament gerufen sind, ohne Testament Intestat-Erben gewesen seyn würden [g]. Der Entferntere muss dann selbst dem Näheren conferiren [h], und der Grossohn, welcher nicht Erbe seines Vaters ward, alles, was der letzte vom Grossvater erhalten hat, und selbst hätte conferiren müssen [i]. Darum, und aus mehreren andern Gründen, muss denn auch der Enkel, als Erbe seines Grossvaters, die, von dem letzten der verstorbenen Mutter des Enkels gegebene, und nach dem Tode der Mutter durch statutarische Succession dem Ehemann zugefallene Brautgabe zur Collation bringen [k]. Den Ascendenten, Seitenverwandten, oder dritten Personen brauchen aber die Descendenten eben so wenig etwas zu conferiren, als jene Personen unter sich dazu verpflichtet sind [l]. Wird ein Descendent nicht Erbe, so ist er von der Collation frey [m], und eben so, wenn und in soweit er durch das Empfangene im Augenblick des Todes des Erblassers ohne seine Schuld nicht mehr bereichert ist [n]. Treten aber an die Stelle eines insol-

[g] Voet L. 37. T. 6. §. 2. Pfizer §. 78.

[h] L. 19. C. h. t. (6. 20.). A. M. sind Viele wegen L. 1. §. 2. 3. 4. de dot. collat. (37. 7.) L. 1. §. ult. de coniung. cum emanc. lib. (37. 8.). Allein s. Voet l. c. §. 3. Hofacker T. 2. §. 1654. not. c.

[i] Nov. 118. c. 1. Kress de nepote ea, quae parens accepit, in universum conferente. Struben 4. B. 83. Bed. Koch Grundl. einer neuen Theorie v. d. Succ. mehrfacher Verwandten (hinter dessen Succ. ab intest. ed. VIII.) §. 3. erste Anmerkung. — A. M. ist C. A. Günther de nepote non conferente. Helmst. 1796. und zum Theil Müller ad Leyser Obs. 637. a. E.

[k] Malblank princ. §. 778. a. E.

[l] L. ult. C. commun. utriusque iudic. (3. 38.) L. 12. 16. 17. 19. C. h. t. (6. 20.). A. M. ist Unterholzner l. c. p. 67. Ueber particuläre Abweichungen: I. H. Boehmer de conferendis bonis secundum ius Saxon. Hal. 1734. (Exerc. T. 5. n. 81.).

[m] L. ult. de dot. collat. (37. 7.) L. 25. C. famil. herc. (3. 36.). G. Barth de beneficio filiae abstinendi hereditate paterna. Lips. 1688. Pfizer §. 61. 62.

[n] L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. h. t. (37. 6.) vergl. mit L. 6. L. 20. C. eod. (6. 20.) Nov. 97. c. 6. Pfizer §. 245—251. Zwischen rebus aestimatis und non aestimatis unterscheidet Malblank a. a. O.

venten Descendenten, welcher die Erbschaft antrat, dessen Gläubiger, so müssen diese eben so wohl conferiren, als sie von andern Descendenten die Collation verlangen können [o]. Wo aber Andre aus eignem Recht in die Stelle eines Wegfallenden treten, da kann ihnen die Collations-Pflicht des letzten nicht zur Last fallen [*].

§. 733.

Was ist ausgenommen?

Die Descendenten müssen in der Regel alles conferiren, was sie vom Erblasser unentgeltlich erhalten haben [p]; doch sind Schulden gegen den Erblasser nicht zu dem zu zählen, was der Collation unterworfen ist [q]. Da jenes Regel ist, so braucht man nur die Sachen anzugeben, welche ausnahmsweise nicht conferirt zu werden brauchen. Dahin gehören 1) alle Sachen, welche der Ascendent dem Descendenten in der, ausdrücklich, oder stillschweigend erklärten Absicht gab, um denselben zu begünstigen, z. B. eine, zu keinem besondern Zweck bestimmte Schenkung unter Lebenden (*donatio simplex*), ausgenommen, wenn er die Collation bey der Schenkung zur Bedingung machte, oder der Beschenkte mit Kindern concurrirt, welche die erhaltene Brautgabe, oder *donatio propter nuptias* conferiren müssen [r]. Ferner: alle einzelnen Sachen, welche dem Descendenten auf den Todesfall gegeben sind [s]. Der Ascendent darf aber durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Erlassung der Collation den Pflichttheil andrer nicht schmälern [t]. Ausgenommen sind 2) wegen einer gleichen Vermuthung alle, zum *peculio castrensi* und *quasi castrensi* gehörigen, vom Vater herrührenden, und keine unmäſsige Schenkung enthaltenden Sachen [u], so

[o] Pufendorf T. 3. Obs. 186. A. M. ist in Betreff des zweyten Falls, der activen Repräsentation im Concurse uneingedenk, Voet l. c. §. 26.

[*] Heidelb. Jahrb. 1808. 1. St. S. 114. 115. Zum Theil a. M. ist Pfizer §. 100. 101.

[p] L. 1. pr. L. 9. h. t. (37. 6.) L. 6. 12. 13. 17. C. eod. (6. 20.).

[q] Pfizer §. 65. 97. 107.

[r] L. 13. vergl. mit L. 20. §. 1. C. eod. C. F. Paelike de donat. simplici in hered. paternam conferenda. Helmst. 1762. Hofacker §. 1659. Müller ad Leyser Obs. 638. A. M. ist Leyser Sp. 410. m. 1.

[s] L. 16. C. h. t. (6. 20.) arg. L. 39. §. 1. fam. herc. (10. 2.). A. M. ist Pfizer §. 181.

[t] Denn darüber sind die gesetzlichen Verbote unbeschränkt.

[u] L. 1. §. 15. h. t. (37. 6.) L. 12. C. eod. (6. 20.). Voet l. c. §. 22.

wie 3) alles, was der Sohn vom Vater zu einer, nicht wiederverkäuflichen Bedienung erhielt [*x*]. Ferner brauchen 4) im Zweifel die erhaltenen natürlichen und bürgerlichen Alimente, also auch die Studierkosten, mithin auch das, was der Descendent erhielt, um Bücher anzuschaffen, nicht conferirt zu werden [*y*]. Da aber die Pflicht zur Alimentation nur bis zum Augenblick des Todes des Erblassers geht [*z*], so sind die, den Kindern gegebenen, zur Zeit des Todes existirenden Kleider zu conferiren [*a*]. Auch 5) remuneratorische mäſsige Schenkungen brauchen nicht conferirt zu werden [*b*], so wie 6) das, was der Vater zur Einlösung des gefangenen Sohnes gab [*c*]; endlich 7) alles, was der Vater zunächst sich selbst zu ehren, dabey aber mittelbar für das Kind ausgab, wie z. B. die Kosten des Hochzeitschmauses [*d*].

§. 754.

Beschränkungen. Die, hiebey noch sehr wichtige Frage: ob der Erblasser die, durch die Gesetze der Collation nicht unterworfenen Sachen zu conferiren befehlen dürfe? kann man nach allgemeinen Grundsätzen nur dahin beantworten: a) wenn das Gegebene eine bloſse Liberalität war, wie z. B. Alimente, welche das Kind von den Früchten seiner Sachen ziehen konnte: so ist es erlaubt, die Collation zu befehlen; nur muſs dieſs in dem Augenblick des Geschenks geschehen [*e*]. War aber b) der Vater schuldig, die Auslage zu machen, so kann er eben deſswegen das Kind keinen Bedingungen unterwerfen [*f*]. Die gemeine Behauptung, daſs

[*x*] L. 1. §. 16. D. eod. vergl. mit L. 30. §. 2. C. de inoffic. test. (3. 28.) L. 20. pr. C. h. t. (6. 20.).

[*y*] L. 20. §. 1. L. 50. fam. herc. (10. 2.) L. 1. §. 16. h. t. (37. 6.). Wernher de collat. circa libros stud. caussa comparat. Vit. 1729. Zoller utrum filius sumt. stud. conferre teneatur. Lips. 1768. Uhl de sumt. filio a patre ad dignitat. doctoralem consequ. suppeditatis non conferendis. Frkf. 1767. W. G. Jürgens Beantwortung einig. Rechtsfr. Brem. 1782. n. 3. Pfizer §. 117—129.

[*z*] L. 20. §. 6. fam. herc. (10. 2.).

[*a*] Hellfeld iur. for. §. 1611. A. M. ist Müller Obs. 651. Allein s. ihn selbst Obs. 301.

[*b*] Leyser Sp. 411. m. 5. 6. Müller Obs. 645.

[*c*] L. 17. C. de postlimin. (8. 51.). Dieſs dehnt sehr weit aus Pfizer §. 271.

[*d*] Carpzov P. 3. c. 11. Def. 21.

[*e*] L. 20. in f. C. de collat. (6. 20.).

[*f*] L. 11. C. de negot. gest. (2. 19.). Mascov Diss. cit. §. 26. A. M. ist Lauterbach coll. L. 37. T. 6. §. 16.

Studierkosten unter die erste, und nicht unter die letzte Rubrik gehören [g], läſst sich nur dann rechtfertigen, wenn sie das Maaſs der, dem Kinde von rechtswegen gebührenden bürgerlichen Alimente übersteigen.

§. 735.

Art der Collation.

Die Collation geschieht entweder durch Einlieferung der existirenden Sache, oder, nach Willkühr des Conferenten [h], durch Berechnung des Werths derselben im Augenblick des Todes; doch müssen in beiden Fällen die nothwendigen und nützlichen Verbesserungen der Sache, sofern sie zur Zeit der Collation existiren, abgerechnet werden [i]; auch kann der Conferent auf allen Fall verlangen, daſs man ihm, gegen Aufgebung seiner Ansprüche an die Erbschaft, alles Empfangene lasse [k]. Vom Augenblick der Verpflichtung zur Collation, d. h. vom Augenblick, da er zur Collation aufgefodert ward [l], müssen auch die Früchte und Zinsen berechnet werden [m]. Verweigert der Erbe die Collation, so können ihm die Erbschaftsklagen vorenthalten, oder auſserordentliche Rechtsmittel gegen ihn gerichtet werden [n]. Ist er aber in dem Augenblick nicht fähig, zu conferiren, so muſs er Caution leisten, daſs er es thun wolle [o].

§. 736.

2) Rechte des Erben. Verkauf der Erbschaft.

Die Rechte des Erben bestehen im Wesentlichen darin, daſs er, wenn nicht ein Recht aus besondern Gründen auf die Person des Erblassers beschränkt war, nach Maaſsgabe

[g] Hellfeld iurispr. for. §. 1613. Carrach de iussu parent. in conferend. sumt. stud. rato vel irrito. Hal. 1748. Henne de patre sumt. stud. collationi subiiciente. Erf. 1774.

[h] L. 1. §. 12. h. t. (37. 6.) L. 5. C. eod. (6. 20.). A. M. ist Müller Obs. 641. Pfizer §. 193 – 201. Allein s. Heidelb. Jahrb. 1808. 1. St. S. 118. 119.

[i] L. 1. §. 11. 12. D. L. 11. L. 20. pr. C. eod. L. 1. §. 5. de dot. collat. (37. 7.) L. un. §. 11. C. de rei uxor. act. (5. 13.). Zum Theil A. M. ist Pfizer §. 202 – 241. 244. 253 – 257.

[k] L. 1. §. 12. eod.

[l] Müller Obs. 640. A. M. ist Walch ius contr. p. 403. C. L. Weisius (Pr. Zoller) ex quo tempore usurae conferendor. sint petendae. Lips. 1767.

[m] L. 5. §. 1. de dot. collat. (37. 7.).

[n] L. 1. pr. eod. L. 1. §. 10. h. t. (37. 6.) L. 8. L. 14. C. h. t. (6. 20.).

[o] L. 1. §. 9. 10. 13. h. t. (37. 6.).

der Gröfse seines Erbtheils in die Rechte des Erblassers trit, und wie dieser darüber verfügen kann. Den wirklichen Besitz der Erbschaftssachen erhält er aber erst durch Ergreifung [*p*]. Darum ist ihm denn auch der Verkauf (oder eine sonstige Veräuſserung) seines Erbtheils erlaubt, aber nur so weit, als dieſs die allgemeinen Grundsätze über die Cession (§. 74. fgg.) erlauben [*q*]. Die Folgen eines solchen Verkaufs sind im Wesentlichen diese: I) der Verkäufer ist dem Käufer zur Ubertragung des Erbtheils, nebst allem, wodurch derselbe nach dem Tode vermehrt ward [*r*], und zur Evictions-Leistung des Ganzen, oder eines idealen Theils desselben verbunden [*s*]; auch haftet er demselben wegen aller, nach dem Verkauf begangenen geringsten Versehen. Schadete er vorher, so ist er nur wegen grober Versehen verantwortlich [*t*]. Verschenkte, oder verkaufte er etwas vor dem Verkauf von der Masse, so ist er bey der Schenkung zur Erstattung des wahren, bey dem Verkauf zur Erstattung des empfangenen Werthes gehalten; wenn aber die Veräuſserung nach dem Verkauf geschah, zur Leistung des Interesse [*u*]. Eingehobene Nichtschulden, und solche Strafgelder, welche er wegen eines, wider seine Person begangenen Verbrechens erhielt, braucht er aber nicht herauszugeben [*x*]. Der Käufer ist dagegen dem Verkäufer zur Bezahlung der Schulden und Vermächtnisse verpflichtet, und dieser kann sogar alles, was ihm der Erblasser schuldig war, fodern [*y*]. II) In Rücksicht dritter Personen hat die Abtretung des Erbrechts 1) in Ansehung der Activ-Foderungen ganz eben die Wirkung, welche jetzt die Abtretung einer einzelnen Foderung hat [*z*]; hingegen 2) in Ansehung der Ver-

[*p*] L. 34. de iudic. (5. 1.) L. 14. C. de usufr. (3. 33.). Hellfeld iurispr. for. §. 1497. Forner rer. quot. L. 2. c. 15. (Otto Th. T. 2.).

[*q*] B. Bardili de hered. vel act. vendita. Tub. 1686. C. L. Crell de hered. vendita. Viteb. 1752.

[*r*] L. 14. §. 1. de hered. vel act. vend. (18. 4.) L. 4. C. eod. (4. 39.). Ueber das ius accrescendi des Käufers s. unten §. 844.

[*s*] S. oben §. 179.

[*t*] L. 2. §. 5. L. 3. D. eod. Westphal v. Kauf §. 840. Wernher lect. comm. L. 18. T. 6. § 4. A. M. ist Cocceii eod. qu. 6. Berger resol. LL. obst. eod. qu. 1. Schöman Handb. 1. B. S. 285. 286.

[*u*] L. 2. §. 3. h. t. (18. 4.).

[*x*] L. 2. §. 7. L. 21. eod. L. 32. ad L. Falcid. (35. 1.).

[*y*] L. 2. §. 18. eod. L. 75. de solut. (46. 3.).

[*z*] L. 16. de pact. (2. 14.) vergl. mit §. 78.

pflichtungen des Erben bleibt es auch hier bey der Regel, dafs der Schuldner sich keinen Andern substituiren kann. Die Gläubiger können also auch den (freilich dem Verkäufer verantwortlichen) Käufer wider dessen Willen nicht belangen. Willigt er aber dazu ein, so ist von nun an der Verkäufer den Gläubigern gar nicht weiter verbunden [a]. Der Fiscus hat das Vorrecht, dafs er als Verkäufer geradezu die Schulden auf den Käufer überträgt [b]; auch gestattet man jetzt gegen den Käufer überhaupt, so weit er bereichert ist, eine subsidiarische Klage, wenn der Verkäufer insolvent seyn sollte [c].

§. 737.

Insbesondere von den Klagen.

Ein besonderes Vorrecht des Erben besteht darin, dafs er sein Erbrecht, als ein dingliches Recht, durch eine petitorische Klage, welche Erbschaftsklage, oder *hereditatis petitio* heifst, verfolgen kann, und dafs ihm zugleich mehrere besondere possessorische Rechtsmittel zustehen. Da diese Rechtsmittel viel eigenthümliches haben, so verdienen sie hier eine besondere Ausführung.

§. 738.

A) Petitorische. Hereditatis petitio.

Die Erbschaftsklage kann von jedem Testaments- oder Intestat-Erben, er sey ein directer oder fideicommissarischer, er habe durch das Civil-Recht, oder aus dem prätorischen Edict die Erbschaft erworben, angestellt werden. Stellt sie der directe Civil-Erbe an, so heifst sie *hereditatis petitio* schlechthin. Bey dem prätorischen Erben erhält sie den Zusatz: *possessoria;* bey dem Fideicommifs-Erben: *fideicommissaria* [d]. Gründet sich der Erbe auf ein alleiniges Erbrecht, so heifst sie *universalis;* sonst aber *partiaria.* Die letzte hat nur das Besondere, dafs sie auch auf einen, nicht bestimmten Theil gerichtet werden kann, nämlich wenn noch ungeborne Erben da sind, deren Vater der Erblas-

[a] L. 50. de hered. petit. (5. 3) L. 88. de hered. inst. (28. 5.) L. 2. C. h. t. (4. 39) L. 2. C. de pactis (2. 3.). Cocceii l. c. qu. 10.

[b] L. 1. C. h. t. (4. 39.).

[c] Struv Exerc. 23. Th. 75.

[d] Tit. P. de possessor. hered. pet. (5. 5.) Tit. de fideicomm. hered. pet. (5. 6.). A. L. Homberg k de bonorum possessione remedio nec possessorio nec interimistico. Marb. 1753.

ser nicht war [*e*]. Denn dann muſs der Richter nach Willkühr bestimmen, was einstweilen für den Embryo zurückgelegt werden soll [*f*]. Wird bey Anstellung der Erbschaftsklage nebenbey die Gültigkeit des Testaments angefochten, so nennt man sie *qualificata*, sonst *simplex*. Die Gründe, warum ein Testament angefochten werden kann, gehören aber nicht hieher, sondern in den dritten allgemeinen Theil [*g*].

§. 739.

Kläger, Beklagter.

Die Erbschaftsklage kann angestellt werden von allen Arten der Erben [*h*], und *utiliter* auch vom Käufer der Erbschaft [*i*], gegen jeden, welcher etwas von der Erbschaft, oder ein, für dieselbe angeschafftes Surrogat [*k*], als Erbe, oder schlechthin ohne allen Rechtsgrund (*pro possessore*) besitzt [*l*], oder als fingirter Besitzer (§. 293.) behandelt werden kann [*m*]; nicht aber gegen den, welcher die Sachen *titulo singulari* erworben hat [*n*], ausgenommen wenn er sie als *universitas* durch einen singulären Titel erwarb, und dabey in bösem Glauben war, oder, der Erbe ein Interesse hat, ihn zu belangen [*o*]. Auch ist der Mann *utiliter* jener Klage unterworfen, wenn er eine angebliche Erbschaft der Frau als deren Brautgabe besitzt [*].

[*e*] Denn in diesem Fall werden drey Theile zurückgelegt. §. 684.

[*f*] Boehmer I. D. L. 5. T. 4. §. 3. Voet eod. §. 3. Glück Comm. 8. B. §. 572. Manche lassen auch hier den Richter drey Theile machen. Hofacker T. 2. §. 1674.

[*g*] S. unten §. 807 — 842.

[*h*] L. 1. L. 3. de hered. petit. (5. 3.).

[*i*] L. 54. pr. eod.

[*k*] L. 16. §. 1. 2. 3. 4. 5. de her. pet. (5. 3.) und oben §. 262.

[*l*] §. 3. I. de interdict. (4. 15.) L. 11. L. 12. L. 13. §. 8. de hered. petit. (5. 3.). Der vernünftige Grund dieser Vorschrift wird angefochten von Branchu Obs. c. 6. C. F. Hommel epistola de mirabili Ulpiani impostura existimantis, adversus eum, qui pro possessore possidet, non r. v. sed her. pet. instit.

[*m*] L. 13. §. 2. L. 25. §. 8. L. 45. eod.

[*n*] L. 7. C. h. t. (3. 31.) L. 4. C. in quib. causs. cess. l. t. pr. (7. 34.). Der Billigkeit wegen will hier dennoch Leyser Sp. 94. m. 2. den Libell gerettet wissen. Allein s. Müller Obs. 135.

[*o*] L. 13. §. 4. 8. h. t. (5. 3.). Die Ideen sind hier sehr verschieden. Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 23. Voet L. 5. T. 3. §. 10. Westphal von Vorl. d. Test. §. 399. 400. Emminghaus ad Coccei L. 5. T. 3. qu. 7.

[*] L. 13. §. 10. h. t. (5. 3.).

§. 740.

Begründung derselben

Zur Begründung der Erbschaftsklage gehört vor allen Dingen, I) daſs der Tod des Erblassers durch ordentliche Zeugnisse erwiesen werde [p]. Bey Verschollenen ist jetzt dieser Beweis sehr erleichtert [q]. II) Daſs der Kläger den Grund seines angeblichen Erbrechts darthue, also 1) wenn er sich auf einen Vertrag gründet, die Existenz dieses Vertrages. 2) Wenn er Testaments-Erbe zu seyn behauptet, so wird A) bey öffentlichen Testamenten die Beybringung der obrigkeitlichen Beglaubigung erfodert. B) Privattestamente können nicht durch zwey Zeugen erwiesen werden, wo mehr Zeugen bey der Testaments-Errichtung gegenwärtig seyn muſsten [r], sondern die sämmtlichen Zeugen müssen bey dem schriftlichen Testament ihre Unterschrift recognosciren, oder die Richtigkeit derselben muſs im Fall der Noth durch Schriftvergleichung, Recognition durch Zeugen, oder Beweis der Richtigkeit durch Zeugen ausgemittelt werden [s]. Eben dieses gilt vom *testamento in scripturam redacto* [t]. Ist es jedoch ausgemacht, daſs ein schriftliches Testament zur Zeit des Todes des Erblassers existirt hat, welches nachher zu Grunde gegangen ist, so gibt der Prätor dem, welcher nach allgemeinen Grundsätzen den Inhalt desselben beweist, *bonorum possessio secundum tabulas* [u], und dann gewiſs auch dem, welcher ein, auf diese Art erhaltenes Testament aus dem prätorischen Edict bestreiten will, *bonorum possessio contra tabulas* [x]. Das mündliche Testament ist gleichfalls durch die Aussagen der sämmtlichen Testamentszeugen, oder im Nothfall durch so viel andre, als von jenen weggefallen sind, vereint mit den überlebenden, darzuthun [y]. 3) Der Intestat-Erbe hat

[p] Waga de probatione mortis per instrumenta, vulgo von Todscheinen. I. F. Wahl cui necess. probat. in hered. petit. absent. incumbat. Goett. 1751.

[q] S. oben §. 532. a. E.

[r] A. M. sind Viele mit Leyser Sp. 355. m. 7.

[s] L. 20. C. de fide instr. (4. 21.) L. 32. C. de fideic. (6. 42.) Nov. 73. c. 7. S. vor allen Glück de testamenti privati solennis probat. per septem testes in eo ordinando adhibitos instituenda, §. 7. (in dessen op. F. 1. n. 9. und ausgezogen in Müller ad Leyser Obs. 627.).

[t] Glück l. c. §. 6. in fin.

[u] L. un. si tab. testam. nullae extab. (37. 2.) L. 1. §. 3. de b. p. s. t. (37. 11.).

[x] Koch bonorum possessio §. 22.

[y] Glück §. 3. 4. 9. 10.

zu erweisen, dafs er ein erbfähiger Verwandter des Erblassers sey, und, wenn der Beklagte auch ein solcher ist, dafs er nähere Ansprüche, wie dieser habe, wozu aber der Beweis des Grades der Verwandtschaft noch nicht hinreicht [z].

§. 741.

Gesuch. Das Hauptgesuch geht bey der Erbschaftsklage dahin, dafs der Kläger für den Universal-, oder Particular-Erben erklärt, und insofern im ersten Fall in den alleinigen, im letzten Fall in den ungetheilten verhältnifsmäfsigen Mitbesitz gesetzt werde. Ist jedoch bey der particulären Erbschaftsklage ein Miterbe auf so weit im Besitz, als ihm nach seiner Portion gebührt, und besitzt ein Dritter so viel, als worauf der Kläger Anspruch hat, so mufs der Dritte von ihm allein in Anspruch genommen werden [a]. Um den Zweck der Klage zu realisiren, kann vom Beklagten auch die Herausgabe des Inventars, oder einer eidlichen Specification verlangt werden [b].

§. 742.

Object der Restitution. Das Object der Restitution ist zunächst die Erbmasse mit allen dabey befindlichen Accessionen und Surrogaten [c]; doch können hier noch mancherley Nebenverpflichtungen des Beklagten stattfinden. Man bemerke hierüber: 1) der Besitzer in gutem Glauben restituirt nur die, noch existirenden, und die consumirten Früchte blofs in so weit, als er dadurch noch jetzt bereichert ist. Eben diefs gilt von Zinsen [d]. Nur der Käufer einer Erbschaft lucrirt, wenn er in gutem Glauben war, unbedingt die, von ihm bis zur Einlassung consumirten Früchte [e]. Der Besitzer im wirklichen, oder angenommenen (§. 1123.) bösen Glauben ist dagegen zur Restitution aller gezogenen, und vernachlässigten Früchte verantwortlich [f]. Vernach-

[z] Voet L. 5. T. 3. §. 6. Glück Comm. 7. B. §. 563. S. 503—510. A. M. ist Leyser Sp. 98. m. 9.

[a] L. 1. §. 2. 3. 5. si pars hered. pet. (5. 4.). Faber rational. ibid.

[b] Stryk L. 5. T. 3. §. 5. Mevius P. 2, Dec. 245. C. G. Strecker de specific. iurata. Erf. 1737.

[c] L. 18. §. 2. L. 19. de hered. petit. (5. 3.).

[d] L. 20. §. 6. L. 23. L. 30. L. 36. §. 4. eod.

[e] L. 2. C. eod. (3. 31.). Voet L. 5. T. 3. §. 11.

[f] L. 20. §. 11. L. 51. §. 1. L. 54. §. ult. D. eod.

lässigte Zinsen können aber nicht von ihm gefodert werden [g]. Selbst nicht einmal die gezogenen Zinsen eines, noch ausstehenden, von ihm verliehenen Capitals, braucht er zu restituiren, wenn ihm nicht der Kläger die Gefahr des Capitals abnimt [h]. Vor der Einlassung genossene Früchte mufs er aber stets verzinsen [i], und eben so eingehobene verzinsliche Gelder, und das, für veräufserte einträgliche Sachen erhobene Kaufgeld [k]. 2) Wegen Beschädigung und Verwahrlosung der Erbschaftssachen, und des Zufalls mufs der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen seine Foderungen einrichten [l]. 3) Sind Sachen von der Masse veräufsert, so braucht A) der Besitzer in gutem Glauben nur so viel zu restituiren, als er noch bereichert ist [m]. Ist er diefs nicht, so kann der Kläger die Sache vom dritten Besitzer vindiciren, ausgenommen wenn dieser wieder seinen Regrefs gegen den Beklagten haben sollte [n]. Dagegen kann B) vom Besitzer in bösem Glauben, wenn a) der Verkauf für die Masse nöthig war, der wahre, oder der empfangene Werth gefodert werden [o]. War er b) unnöthig, so kann der Kläger, unter Vorbehalt seiner dinglichen Klagen gegen den dritten Besitzer, von dem Beklagten die Einfoderung und Rückgabe der Sache, oder, sofern diefs nicht möglich ist, den wahren, oder den empfangenen Werth derselben fodern [p].

§. 743.

Gegenfoderungen des Beklagten. Der Beklagte kann dagegen aber auch 1) Vergütung aller, in Rücksicht der Erbschaft gemachten Auslagen, und Befreyung von den, zum Vortheil derselben übernommenen Lasten fodern [q]. Hat er 2) Verwendungen, und zwar A) auf die Früchte gemacht, so erhält er Vergütung, wenn er sie auf die, zu restituirenden, nicht aber wenn er sie auf die, ihm als Gewinn verbleibenden Früchte machte [r]. Hatte er etwas vergebens auf Früchte ver-

[g] L. 20. §. 14. eod.

[h] L. 30. eod. L. 67. §. 1. pro socio (17. 2.).

[i] L. 1. C. h. t. (3. 31.).

[k] L. 51. §. 1. h. t. (5. 3.) L. 15. de usur. (22. 1.).

[l] S. oben §. 567. und L. 22. L. 40. h. t. (5. 3.).

[m] L. 25. §. 13. 14. 15. 16. eod.

[n] L. 25. §. 17. eod.

[o] L. 20. §. 2. 12. L. 33. §. 1. L. 36. §. 3. eod.

[p] L. 20. §. 2. 12. 21. L. 33. §. 1. L. 36. §. 3. eod.

[q] L. 20. §. 20. L. 31. pr. L. 40. §. 3. L. 50. §. 1. h. t. (5. 3.) L. 4. C. eod. (3. 31.).

[r] L. 36. §. ult. L. 37. eod.

wandt, so erhält er insofern, als er in gutem Glauben war, Entschädigung [s]. Sind B) auf die Substanz der Sache Verwendungen gemacht, so erhält a) der Besitzer in gutem Glauben durchaus für alle, selbst nicht mehr existirenden Verwendungen Entschädigung. b) Der Besitzer in bösem Glauben kann für die nothwendigen, auch nicht mehr existirenden, und für die nützlichen insofern, als sie vorhanden sind, Entschädigung fodern, nicht aber für die zierenden, deren mögliche Trennung ihm jedoch unläugbar zu gestatten ist [t]. Uebrigens können alle zulässigen Gegenfoderungen auch nach Herausgabe der Erbschaft durch eine besondere Klage verfolgt werden [*].

§. 744.

B) Interdicte. Die Interdicte (§. 312.), welche der Erbe hat, sind 1) das *interdictum de tabulis exhibendis*. Der Zweck ist Vorzeigung des Testaments, oder Leistung des Interesse im Fall des Ungehorsams. Auch andre, welche ein Interesse dabey haben, das Testament, oder eine andre Verordnung auf den Todesfall, einzusehen, können sich dessen bedienen [u]. 2) Das *interdictum quorum bonorum*. Ursprünglich war diess dem prätorischen Erben gegeben, um dadurch, nach summarischer Bescheinigung seines Erbrechts [x], in den Besitz oder Mitbesitz der körperlichen Erbschaftssachen zu gelangen, welche ein Andrer, wider welchen die Erbschaftsklage gerichtet werden kann, aus weniger starken, oder gleichen Gründen besitzt [y]. Allein jetzt gibt man es *utiliter* in gleicher Lage auch dem Civil-Erben [z]. 3) Das *remedium ex L. ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo*. Wer nämlich ein, in der äussern Form [a] untadelhaftes Testament producirt, worin er zum Erben ernannt ist, kann dadurch auf einem schnellen We-

[s] L. 37. eod.

[t] L. 38. L. 39. eod. Voet L. 5. T. 3. §. 21.

[*] L. ult. de neg. gest. (3. 5.) L. 50. §. 1. de pet. her. (5. 3.) L. 14. §. 11. L. 32. pr. de religios. (11. 7.).

[u] Tit. P. de tabulis exhibendis (43. 5.) Tit. C. eod. (8. 7.).

[x] Lauterbach Coll. L. 43. T. 2. §. 3. 4. 11.

[y] L. 1. 2. quor. bonorum (43. 2.). Fr. Beckmannorum cons. P. 1. n. 26.

[z] L. 1. C. eod. (8. 2.).

[a] Müller ad Leyser Obs. 827. Manche gehen jedoch weiter. Voet L. 43. T. 2. §. 4.

ge vorläufig zum Besitz der Erbschaft gelangen [b]. Auch dem, welcher einen ordentlichen Erbvertrag beybringt, gestatten es jetzt Viele [c]. 4) Das *interdictum quod legatorum.* Der Erbe bedient sich desselben gegen den Legatar, welcher vor Antretung der Erbschaft eigenmächtig das Legat an sich genommen hat, sofern er bey der Restitution interessirt ist [d]; nur muſs er auf Verlangen dem Legatar wegen der künftigen Rückgabe Caution leisten [e]. Selbst gegen jeden nachfolgenden Besitzer geht das Interdict [f]. Setzt sich der Legatar nach Antretung der Erbschaft in Besitz, so muſs sich der Erbe nach Umständen der gewöhnlichen Interdicte (§. 315. fgg.) bedienen.

Zweytes Capitel.

Ueber Legate und Fideicommisse.

Erste Unterabtheilung.

Ueber Legate und Singulär-Fideicommisse.

§. 745.

I) Natur derselben. Gleichheit beider.

Es fanden ehemals zwischen Legaten und Fideicommissen (§. 669.), besonders in Ansehung der Errichtungsart, und der Auslegung, mehrere bedeutende Unterschiede statt [g]. Nach Justinians Vorschrift ist das, worin die Fideicommisse begünstigt waren, den Legaten beygelegt, und umgekehrt [h]. Hiedurch ist denn im Ganzen der innere Unterschied zwischen Legaten und Singulär-Fideicommissen, da beide eine singuläre Erwerbart sind,

[b] L. 3. C. de edicto D. Hadr. toll. (6. 33.). G. Mascov D. ad L. ult. C. cit. (in op.). Glück u. Geiger Rechtsfälle 1. B. n. 7. C. U. Grupen Discept. for. prooem. Leyser Sp. 500. G. Gmelin comm. de remed. L. ult. C. cit. Erlang. 1773.

[c] I. P. Schroeter Pr. an et quat. remed. ex L. ult. C. cit. ex conventione successori applicandum sit? Viteb. 1727. Leyser Sp. 43. m. 5. Hommel rhaps. Obs. 320.

[d] L. 1. L. 2. quod legator. (43. 3.).

[e] L. 1. §. 16. eod. L. 1. C. ibid. (8. 3.).

[f] L. 1. §. 10. 13. D. ibid.

[g] Ulpiani Fragm. Tit. 24. §. 19. Tit. 25. Vinnius ad §. 3. I. L. 2. T. 20. Mylii D. historia legatorum. Lips. 1731.

[h] L. 2. C. commun. de legat. (6. 43.). Galvan de usufr. c. 14.

aufgehoben [*i*], und beide unterscheiden sich jetzt im Wesentlichen nur noch durch ihren Begriff [*k*]. Was daher in diesem Abschnitt von Legaten gesagt ist, muſs überall mit von Singulär-Fideicommissen verstanden werden [*l*].

§. 746.

Errichtung.

Ein Legat kann auf jede, den Willen des Erblassers deutlich bezeichnende Art, also auch stillschweigend, z. B. durch das Verbot der Veräuſserung zum Vortheil einer bestimmten Person, durch einen Wink, und eine specielle Empfehlung errichtet werden [*m*]. Ehemals kam sehr viel auf die verschiedenen Formeln, (*legatum per vindicationem*, *praeceptionem*, *damnationem* und *sinendi modo*) an [*n*]. Allein jetzt sollen alle Legate so behandelt werden, als ob sie *per vindicationem* hinterlassen wären [*o*]; daher man nun bey Anwendung des Pandekten-Rechts, worin überall [*p*] Spuren der älteren Grundsätze vorkommen, äuſserst behutsam seyn muſs.

§. 747.

Wer kann beschwert werden?

Jeder, welcher auf irgend eine Art durch den letzten Willen des Erblassers etwas erhalten hat, kann mit einem Vermächtniſs beschwert werden, aber nicht weiter, als er etwas erhalten hat [*q*], sofern ihn nicht die Strafe des nicht errichteten Inventars trifft (§. 726.). Ist ihm jedoch auferlegt, seine eigne Sache gegen einen gewissen Preis herauszugeben, so ist er unbedingt dazu gehalten, wenn er den

[*i*] Martin lanx satura discrim. inter legat. fideicommissorumque species quasdam obtinentis. Goett. 1787. Einen Unterschied s. bey Höpfner Comm. §. 616.

[*k*] Pufendorf T. 4. Obs. 9.

[*l*] S. überhaupt E. C. Westphal Herm. syst. Darstellung d. Lehre v. d. Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. B. 8. Leipz. 1791. Dessen Syst. d. Lehre v. einzelnen Vermächtnissen. Leipz. 1793.

[*m*] L. 11. pr. L. 21. pr. de leg. 3. (32.) L. 114. §. 14. de leg. 1. (30.) L. 77. §. 27. de legat. 2. (31.). Ueberh. Westphal v. Verm. 1. B. §. 297. fgg.

[*n*] Ulp. Fragm. T. 24. Caii Inst. L. 2. T. 5. §. 1. Mylius l. c. cap. 1. §. 9. fgg. Westphal §. 16—22.

[*o*] §. 2. I. de legat. (2. 20.).

[*p*] S. z. B. die Lehre vom legato optionis §. 761. und dem iure accrescendi §. 846.

[*q*] L. 70. §. 2. de legat. 2. (31.) L. 114. §. 3. 4. de legat. 3. (32.). Ueberh. Westphal §. 97—140.

Preis annahm [r]. Uebrigens kann ein Legat zugleich mehreren, oder einer einzelnen Person auferlegt werden. Ist darüber nichts bestimmt, so müssen die sämmtlichen Erben nach der Gröfse ihres Erbtheils dazu beytragen [s], und haften nur dann *in solidum*, wenn der Erblasser diefs befohlen hat, oder das Object untheilbar ist [t]. Fällt der, dem das Legat aufgelegt ist, weg, so sind die, an dessen Stelle tretenden Erben, und andre, subsidiarisch einrückende Personen zur Zahlung des Vermächtnisses gehalten [u].

§. 748.

Wer kann sie errichten und erhalten?

Jeder, welcher einen letzten Willen errichten kann [x], ist befugt, Legate zu hinterlassen [y], und zwar jedem, welcher fähig ist, Erbe zu werden [z]. Die letzte Regel leidet nur zwey Ausnahmen. Es kann nämlich 1) einer unfähigen Person wenigstens so viel, als zu ihrer Ernährung gehört, vermacht werden [a]; dagegen ist aber 2) ein, dem Erben hinterlassenes Legat (Prälegat) insofern ungültig, als der Erbe sich dasselbe selbst auszahlen mufs, und wirklich Erbe wird, und bleibt [b]. Hat er keinen Collegatar, so behält er das, von ihm selbst Hinterlassene, als Erbportion [c], sonst aber fällt es auf den Collegatar [d], ohne Rücksicht, ob das Prälegat mit der Formel: *praecipito*, hinterlassen ist, oder nicht [e], selbst dann, wenn mehreren Miterben ver-

[r] L. 70. §. 1. in fin. de legat. 2. (31.).

[s] L. 33. pr. de legat. 2. (31).

[t] L. 8. §. 1. de legat. 1. (30.) L. 11. §. 23. L. 25. pr. de leg. 3. (32.).

[u] L. 74. de legat. 1. (30.) L. 61. §. 1. L. 77. §. 15. de legat. 2. (31.) L. 98. de legat. 3. (32.). Eine Ausnahme ist zum Theil bey dem iure accrescendi. S. unten §. 845.

[x] S. darüber unten §. 797.

[y] L. 2. L. 114. de legat. 1. (30.).

[z] §. 24. I. de legat. (1. 20.) vergl. mit §. 792 – 796.

[a] L. 11. de aliment. legat. (34. 1.).

[b] L. 17. §. 2. L. 91. §. 2. de legat. 1. (30.) L. 18. §. 2. de his quae ut indign. (34. 9.). Ueberh. Nieto de praelegat. (Meermann Th. T. 7.). Hert de praelegatis (op. V. 1. T. 3.). I. C. Franke de legat. praecept. Viteb. 1791. B. W. Pfeiffer de praelegat. Marb. 1798. Nettelbladt syst. Entw. d. Lehre v. d. Prälegaten. Rost. u. Leipz. 1802. vergl. mit B. W. Pfeiffer vermischte Aufsätze. Marb. 1803. §. 373. fgg.

[c] L. 76. §. 1. ad Leg. Falcid. (35. 2.). Pfeiffer §. 8. 19. 26.

[d] L. 34. §. 12. L. 116. §. 1. de legat. 1. (30.).

[e] Voorda interpr. cap. 28.

eint ein Prälegat gegeben ist, in welchem Fall ebenfalls das, was der eine Miterbe sich selbst nach der Gröfse seiner Portion auszahlen mufs, als ungültig auf den Collegatar fällt [*f*]. Entsagt dagegen der Prälegatar als Erbe, so nimt nun für ihn das ganze Prälegat in der Regel [*] die Natur eines Legats an [**]; bey seiner unfreywilligen Entfernung aber bleibt es nur insofern Legat, als er die Zahlung bey erfolgter Antretung nicht von sich selbst würde zu fodern gehabt haben [***].

§. 749.

II) Einzelne Arten.

Der Erblasser kann alle Arten der Sachen hinterlassen, sowohl körperliche als unkörperliche, Individuen und Gattungen, selbst unter Beschränkungen fremde, und eigne Sachen des Legatars, so wie erlaubte, dem Legatar nützliche Handlungen [*g*]. Die Pandekten enthalten in einer Reihe einzelner Titel mannigfaltige Erörterungen über verschiedene Arten der Legate, welche aber zum Theil nicht in ein System des geltenden Rechts aufgenommen werden können, da sie mehrentheils nur etymologische Erörterungen enthalten, welche theils aus dem blofsen Worte geradezu folgen, theils dem Deutschen Juristen bey Deutschen Legaten nur als Muster, nicht aber als Rechtsentscheidung nutzen können [*h*]. Diese Titel sind folgende: *Lib.* 33. *T.* 3. *de servitute legata; Lib.* 33. *T.* 6. *de tritico, vino et oleo legato* [*i*]; *Lib.* 33. *T.* 7. *de instructo vel instrumento legato* [*k*]; *Lib.* 33. *T.* 8. *de peculio legato; Lib.* 33. *T.* 9. *de penu legata* [*l*];

[*f*] A. M. ist wegen L. 67. §. 1. de legat. 1. (30.) Hofacker T. 2. § 1480. Allein s. Pfeiffer §. 8—13. Westphal v. Verm. 1. B. §. 84.

[*] Ausnahmen enthalten L. 55. §. 3. ad SCt. Treb. (36. 1.) L. 17. §. 3. de dol. exc. (44. 4.).

[**] L. 22. §. 2. si quis omiss. causs. test. (29. 4.) L. 17. §. 2. de leg. 1. (30.) L. 12. C. de legat. (6. 37.).

[***] L. 75. §. 1. de legat. 2. (31). Averan interpr. L. 4. c. 5. n. 3. Voorda interpr. c. 27. A. M. sind Faber coni. L. 6. c. 4. Nettelbladt a. a. O. S. 70.

[*g*] L. 112. §. 3. L. 114. §. 14. de legat. 1. (30.).

[*h*] S. überh. E. C. Westphal v. d. einzelnen Vermächtnissen, und der Erbtheilungs-Klage. Leipz. 1793.

[*i*] H. B. Roth de vini novi legato. Ien. 1679. C. G. Gruner pr. de camo zithi sive cerevisiae veteris specie ad Digest. locum dubium. Ien. 1805.

[*k*] Westphal §. 374—488. Ueber das Deutsche Wort: Müller ad Leyser Obs. 606.

[*l*] Westphal §. 647—69; und über den Deutschen Ausdruck: Müller l. c. Obs. 607.

Lib. 33. *T.* 10. *de supellectile legata* [*m*]; *Lib.* 34. *T.* 10. *de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, vestimentis et statuis legatis* [*n*]. Nur die einzelnen Legate, welche wegen besonderer Rechtsgrundsätze interessant sind, verdienen hier ausgehoben zu werden; doch sind die Legate, welche sich beyläufig in die systematische Darstellung der Rechtssätze verflechten lassen, in dem folgenden Register nicht mit aufzuführen, sondern am gehörigen Orte [*o*] abzuhandeln.

§. 750.

Fremde Sachen. Werden fremde Sachen vermacht, so unterscheide man: 1) wenn der Erblasser etwas eignes an der Sache hatte, so erhält der Legatar diefs nebst allem, was der Erblasser nachher noch dazu erwarb [*p*]. War diefs nicht der Fall, so ist 2) das ganze Vermächtnifs nichtig, wenn die Sache überhaupt nicht im bürgerlichen Verkehr ist [*q*]. Ist sie 3) überhaupt, oder in gewissem Betracht im bürgerlichen Verkehr, so mufs sie der, mit dem Vermächtnifs Beschwerte einlösen, oder, wenn diefs unmöglich ist, dem Legatar deren Werth geben, wenn der Erblasser wufste, dafs sie ihm nicht gehöre; sonst aber nicht [*r*]; und eben diefs gilt auch dann, wenn die Sache nicht auf den Legatar übertragen werden kann, sofern sie eine fremde Sache ist. Denn war sie dem Erblasser eigen, so kommt auf dessen Wissenschaft der Unfähigkeit des Legatars nichts an [*s*]. Den Beweis der Wissenschaft,

[*m*] Ueber das gleichgeltende Deutsche: Müller Obs. 608.

[*n*] Westphal §. 524—623.

[*o*] Dahin gehören Prälegate §. 748.; legatum optionis et electionis §. 761.; alimentorum §. 790.; annui §. 790.; poenae §. 803.; captatorium §. 803.; nullum, pro non scripto habitum, ademtum, extinctum, ereptitium §. 809—842.

[*p*] L. 5. §. 1. 2. L. 8. pr. L. 24. §. 2. de legat. 1. (30.) L. 10. de legat. 2. (31.) L. 30. §. 4. de legat. 3. (32.). Ueberh. Maiansii Diss. n. 30. Vinnii qu. sel. L. 2. c. 26. C. Fea vindic. et Obs. V. 1. c. 1. H. de Cocceii de legato rei propriae et alienae. Frkf. 1701. (Exerc. V. 2. n. 23.). I. D. Nettelbladt de legato rei alienae. Hal. 1788.

[*q*] L. 39. §. 7. de legat. 1. (30.).

[*r*] §. 4. I. de legat. (2. 20.) L. 14. §. ult. de legat. 3. (32.).

[*s*] L. 40. L. 114. §. 5. de legat. 1. (30.). Lyklama membran. L. 7. c. 31. Branchu Obs. p. 197. fgg. Püttmann advers. L. 1. c. 3. Müller ad Leyser Obs. 595. A. M. sind Cocceii I. C. L. 50. qu. 14. Voet eod. §. 30. Koehler interpr. et emend. L. 2. c. 4.

wenn diese nicht aus der Disposition selbst erhellet [t], hat der Legatar zu führen [u]; doch wird bey nahe verbundenen Personen auf die Wissenschaft nicht gesehen [x]; und eben so wenig, wenn die Sache dem gehört, welchem das Legat aufgelegt ist [y].

§. 751.

Eigne des Erblassers.

Seine eignen Sachen kann der Erblasser unbedingt vermachen. Sollten sie verpfändet seyn, so muſs sie der Erbe einlösen, sofern ihm nämlich erwiesen wird, daſs der Erblasser diese Beschaffenheit der Sache gewuſst habe [z], oder der Legatar zu den Personen gehört, von welchen vermuthet wird, daſs ihnen der Erblasser die Sache würde vermacht haben, ohne Rücksicht, ob sie ihm gehöre, oder nicht [a].

§. 752.

Des Legatars.

Die eignen Sachen des Legatars können demselben nur bedingt auf den Fall der künftigen Veräuſserung derselben vermacht werden. Ist das Legat unbedingt, so ist es auf immer ungültig [b], ausgenommen wenn der Erblasser Rechte daran hatte. Denn dann ist das Vermächtniſs anzusehen, als ob der Erblasser diese Rechte habe erlassen wollen [c].

§. 753.

Gattungen.

Ein Legat unkörperlicher Sachen kann auf mehrfache Art vorkommen, theils wenn etwas generelles, theils wenn etwas specielles vermacht wird, was selbst im Individuo unkörperlich ist. Unter die erste Rubrik gehört 1) das, vorzugsweise sogenannte *legatum generis*, wenn man Jemandem ein Individuum, oder mehrere, von einer Gattung ver-

[t] L. 77. §. 8. de legat. 2. (31.) L. 72. ad SCt. Treb. (36. 1.).

[u] §. 4. I. de legat. (2. 20.) L. 21. de probat. (22. 3.).

[x] L. 14. §. ult. de legat. 3. (32.). Pufendorf T. 3. Obs. 76.

[y] L. 67. §. 8. de legat. 2. (31.) L. 76. §. 2. de legat. 3. (32.).

[z] §. 5. I. de legat. (2. 20.). Westphal v. Verm. 1. B. §. 188.

[a] L. 57. de leg. 1. (30.) L. 6. C. de fideicomm. (6. 42.).

[b] §. 10. I. de legat. (2. 20.) L. 1. §. 2. de regula Catoniana (34. 7.). Höpfner Comment. §. 560. not. 4. Averan interpr. L. 4. c. 21. n. 21.

[c] L. 70. §. 1. L. 71. §. 5. L. 86. pr. §. ult. de leg. 1. (30.).

macht. Dieses Legat gilt, wenn es nicht so allgemein gefaſst ist, daſs nach billigem Ermessen ein vernünftiger Ausweg getroffen werden kann [*d*]. Gültig wäre also z. B. das unbestimmte Legat einer Brautgabe, der Studierkosten [*e*], u. s. w. Ferner gehört 2) das *legatum partitionis* dahin, wenn Jemandem ein idealer Theil von der ganzen Erbmasse legirt wird. Vermöge desselben gehen auf den bestimmten Theil die Rechte des Erblassers auf den Legatar über, nicht aber die Schulden; doch muſs der Legatar dem Erben durch die sogenannten *stipulationes partis et pro parte* Caution leisten, zu Abbezahlung der Schulden verhältniſsmäſsig, so weit das Legat reicht, beytragen zu wollen [*f*].

§. 754.

Unkörperliche Sachen.

Ein specielles Legat unkörperlicher Dinge kann vorkommen 1) bey dem *legato nominis*, wenn der Erblasser eine, ihm selbst, dem Erben, oder dem, mit dem Vermächtniſs Beschwerten gegen eine dritte Person zustehende Activ-Foderung vermacht [*g*]. Der Legatar erhält dadurch gegen den verpflichteten Beschwerten das Recht, auf Cession zu dringen; doch hat er auch ohne diese eine *actio utilis* [*h*]. 2) Das *legatum liberationis*, wenn dem Legatar das vermacht wird, was der Erblasser, oder ein Andrer an ihn zu fodern hat. Die Wirkung dieses Legats, welches auch stillschweigend errichtet werden kann [*i*], besteht, wenn gänzliche Befreyung vermacht ist, darin, daſs der Legatar von dem Beschwerten Til-

[*d*] §. 22. I. h. t. (2. 20.) L. 11. pr. de legat. 1. (30.) L. 3. de tritic. vin. ol. (33. 6.). Averan int. L. 4. c. 14. vergl. jedoch mit Thomasius de promissione rei incertae §. 35. Gebauer de optione legata. cap. 3. C. Biedermann de legato generis sec. ius commune et Boruss. Brand. Hal. 1794.

[*e*] Leyser Sp. 386. Müller Obs. 604.

[*f*] Ulp. Fr. Tit. 24. §. 25. §. 5. I. de fideic. hered. (2. 23.) L. 8. §. ult. de legat. 2. (31.). I. Voorda de legato partitionis (hinter dessen Tr. de lege Falcidia). I. L. Conradi Disp. super legato partitionis. Lips. 1756. E. C. Westphal Abh. v. d. Verm., welche nicht auf gewisse Sachen oder Summen, sondern auf einen Theil des Nachlasses überhaupt gerichtet sind. Hal. 1780.

[*g*] C. G. Haubold de legato nominis. Lips. 1793.

[*h*] §. 21. I. de legat. (2. 20.) L. 44. §. 6. L. 75. §. 2. de legat. 1. (30.) L. 18. C. h. t. (6. 37.).

[*i*] L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. de liberat. legata (34. 3.) L. 44. §. 5. de legat. 1. (30.) L. 59. de legat. 3. (32.).

gung der Schuld verlangen, und daſs der Schuldner dem klagenden Erben die Einrede der Arglist entgegensetzen kann [*k*]. Befreyung auf eine Zeit schützt nur bis zum bestimmten Termin, und hemmt inzwischen den Zinslauf [*l*]. Ein Correus hat aber keinen Vortheil aus diesen Legaten [*m*]. Existirt aber bey dem *legato nominis* und *liberationis* wirklich keine Foderung, so sind beide auf allen Fall ungültig, wenn keine bestimmte Summe genannt ist. Ist aber diese genannt, so gilt dennoch das *legatum nominis* nicht, wohl aber das *legatum liberationis;* jedoch ist auch das letzte ungültig, wenn dem Erben nur ein *non petere* aufgelegt ist [*n*]. 3) Auch andre Rechte können legirt werden, z. B. der Nieſsbrauch, selbst der ganzen Erbmasse [*o*]. Dieser gibt aber dem Legatar kein Recht an der Substanz der Sache, ausgenommen wenn die entgegenstehende Absicht des Erblassers klar ist, z. B. wenn er eine Sache zur Benutzung vermacht [*p*]. Merkwürdig ist in dieser Hinsicht die, noch jetzt anzuwendende [*q*] Vorschrift, daſs, wenn dem Einen die Sache, dem Andern der Nieſsbrauch derselben gegeben ist, beide im Zweifel den Nieſsbrauch theilen [*r*].

§. 755.

Insbesondere legatum debiti.

Auſserdem kann auch 4) eine Schuld vermacht werden (*legatum debiti*), und zwar A) das, was der Erblasser, oder ein

[*k*] L. 3. §. 3. 4. 5. L. 4. L. 8. pr. de liberat. legat. (34. 3.). G. B. van Nootdorp de legato liberat. Lugd. B. 1769. Glück und Geiger Rechtsf. 1. B. n. 2.

[*l*] L. 8. §. 2. de liberat. leg. (34. 3.).

[*m*] L. 8. §. 1. eod. L. 44. §. 6. L. 105. de legat. 1. (30.) L. 71. de fideiussor. (46. 1.).

[*n*] L. 75. §. 1. 2. de legat. 1. (30.) L. 7. §. 2. L. 25. de liberat. leg. (34. 3.). Man hat hier übrigens gar verschiedene Ideen. Vergl. Cuiac. ad African. Tr. 5. Faber conj. L. 5. c. 5. J. O. Rechenberg ad L. 75. et L. 25. cit. Lips. 1727. Pundsack de legato liberat. ab indebito. Goett. 1753. Otto de liberat. ab indebito legata. (Oelrichs Th. nov. T. 3. P. 2.). Haubold l. c. §. 2.

[*o*] L. 9. C. de usufr. et hab. (3. 33.). M. G. Bauer de legato ususfr. Lips. 1795. Ueber einen streitigen, in die Lehre von der Einsetzung auf den ususfr. omn. bonorum gehörenden Fall s. unten §. 805.

[*p*] Lauterbach coll. L. 33. T. 2. §. 4. Leyser Sp. 384. m. 1. Voet L. 7. T. 1. §. 9. 15.

[*q*] Leyser l. c. m. 3. Müller Obs. 603. A. M. ist Voet l. c. §. 8. 17. I. C. Knoetschker de usu hod. L. 19. de usu et usufr. et red. Lips. 1793.

[*r*] L. 19. h. t. (33. 2.).

Andrer, z. B. der Erbe, einem Dritten schuldig ist. Ein solches Legat gilt aber, sofern nicht die Strafen des versäumten Inventars (§. 726.) eine Ausnahme begründen, nur so weit, als der damit Beschwerte honorirt ist [s]. B) Wenn das legirt wird, was der Erblasser dem Legatar schuldig ist [t]. Diefs hat den Vortheil, dafs der Legatar sofort, unbedingt, ohne den vorhin gegen ihn stattgefundenen Einreden unterworfen zu seyn, sein Recht geltend machen, und das ganze, bestimmt angegebene Object, auch wenn er es vorher wirklich nicht zu fodern hatte, einklagen kann [u]; dafs er ein Pfandrecht erhält [x], und gegen den Erben, insofern derselbe etwas durch blofse Liberalität des Erblassers empfangen hat, aus dem Legat die Existenz der Schuld beweisen kann, sofern nämlich die Summe angegeben ist [y]. Ist diefs nicht geschehen, so bewirkt das allgemeine Geständnifs auch nicht einmal so viel, dafs der Legatar zum Erfüllungs-Eide gelassen werden mufs [z]. Hat übrigens der Erblasser Jemandem eine eben so grofse Summe vermacht, als er demselben schuldig ist, ohne zu sagen, dafs er sie als seine Schuld legire: so liegt darin noch kein *legatum debiti*, und der Legatar erhält das Legat, ohne von seiner Foderung an der Masse ausgeschlossen zu seyn [a]. Nur dann leidet diefs eine Ausnahme, wenn die Foderung des Legatars darauf abzweckt, eine Handlung des Erblassers anzufechten. Ist diefs, so mufs er sie in so weit fallen lassen, als das Legat ihn entschädigt [b].

§. 756.

Praelegatum dotis. Eine Unterart des *legati debiti* ist das sogenannte *praelegatum dotis*, wenn der

[s] L. 69. §. 2. de legat. 2. (31.). C. Rau Disp. de legato debiti. Lips. 1788.

[t] §. 14. I. de legat. (2. 20.).

[u] L. 13. 14. de liberat. legat. (34. 3.). S. auch §. 654. not. n.

[x] S. oben §. 644.

[y] Vinnius ad §. 14. I. cit.

[z] §. 15. I. de legat. (2. 20.).

[a] L. 4. de dot. collat. (37. 7.) L. un. §. 3. C. de rei uxor. act. (5. 13.).

[b] L. 22. §. 3. solut. matrim. (24. 3.). Diesen, auch so ungefähr von F. Alef de legatis cum debito non compensandis. Heidelb. 1751. versuchten Mittelweg mufs man zwischen Hellfeld iurispr. for. §. 1553. und H. G. Bauer an legat. a debitore creditori relictum debiti compensati praesumtionem inducat? Lips. 1762. Gebr. Overbeck Meditat. über verschied. R. M. 4. B. n. 261. nehmen.

Empfänger der Brautgabe dieselbe zurücklegirt [c]. Die Vortheile sind hier wieder dieselben [d]. Die Frau kann also z. B. die Mobilien sofort fodern [e], und die Verwendungen, mit Ausnahme der nothwendigen [f], dürfen ihr nicht angerechnet werden [g]. Man verwechsle aber hiemit nicht das *legatum dotis*, wenn eine errichtete Brautgabe einem Dritten [h], oder eine Sache zur künftigen Brautgabe vermacht wird. Das letzte Vermächtnifs, welches auch generell errichtet werden kann [i], ist im Zweifel als ein bedingtes anzusehen, wenn nicht bestimmt ist, dafs es sofort gegeben, und nur dereinst zum Zweck der Ehe verwandt werden solle [k].

§. 757.

III) Erwerbung des Legats.

Ist ein Legat ein specielles, in der Erbmasse befindliches, so erhält der Legatar in der Regel, wenn es unbedingt ist, sofort im Augenblick des Todes des Erblassers das Eigenthum desselben insoweit, dafs er es auf seine Erben transmittirt [l]. Bevor er sich erklärt hat, steht es ihm frey, durch Ausschlagung seine Rechte rückwärts aufzugeben [m]. Nimt er aber das Legat an, so erwirbt er ohne weiteres unwiderruflich das volle Eigenthum ohne Uebergabe [n], und eben diefs gilt denn nun auch von *fideicommissis singularibus*, weil sie den Legaten gleichgesetzt sind [o]. Das Eigenthum einer, von einer Gattung vermachten, oder einer, nicht in der Erbmasse befindlichen Species kann erst durch Uebergabe erlangt werden [p].

[c] Tit. P. de dote praelegata (33. 4.). A. Martens de praelegato dotis. Franeq. 1731.

[d] L. 1. §. 1. 5. 6. 7. eod.

[e] L. 1. §. 2. eod.

[f] L. 5. eod.

[g] L. 1. §. 4. eod.

[h] L. 1. §. 10. L. 7. pr. L. 11. eod.

[i] S. vorhin §. 753.

[k] arg. L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 21. de iure dot. (23. 3.). Fachinei contr. L. 5. c. 48. C. H. Breuning de utili dotis legato, non contracto matrimonio. Lips. 1779. Im Zweifel für unbedingt halten diefs Legat Nettelbladt de legato dotis constituendae, §. 15. fgg. E. C. Westphal D. an legatum, cui modus dotis constituendae adiectus, modo non adimpleto corruat. Hal. 1790. §. 18. Derselbe v. einzeln. Verm. §. 275. 276.

[l] Die weitere Ausführung dieser Sätze s. unten §. 790.

[m] L. 15. de reb. dub. (34. 5.).

[n] L. 80. de legat. 2. (31.).

[o] Weber in d. Anm. zu Höpfners Comm. §. 584.

[p] L. 1. C. commun. de legat. (6. 43.).

§. 758.

Bedingungen derselben.

Die Annahme des Legats mufs in der Maafse geschehen, wie dasselbe angetragen ist. Der Legatar kann also von einer einzelnen Sache, oder mehreren zusammengehörigen Sachen, nicht blofs einen Theil annehmen [q], wohl aber darf er von verschiedenen Legaten eines annehmen, und das andre ausschlagen [r], ausgenommen wenn das letzte belästigt ist, und nicht das erste [s]. Die Erbittung einer Deliberations-Frist ist dem Legatar gleichfalls erlaubt [t].

§. 759.

IV) Rechtsverhältnisse. 1) Rechte des Legatars.

Aus der Errichtung eines Legats entstehen nach dem Tode des Erblassers mancherley Rechtsverhältnisse. Die Rechte des Legatars, und die Pflichten des, mit dem Vermächtnifs Beschwerten, welches in der Regel der Erbe ist, bestehen in folgenden: I) der Erbe haftet wegen jedes geringsten Versehens, und des vernachlässigten positiven Fleifses [u], selbst wegen schuldloser freyer Handlungen [x]. Hat er vom Erblasser keinen bedeutenden Gewinn erhalten, so ist er nur wegen grober Versehen verantwortlich [y]. Den Zufall einer Species, oder der ganzen Gattung, woraus eine Species vermacht ist, trägt er nicht, solange ihm kein Verzug zur Last fällt; doch mufs er caviren, die verlorene Sache abzuliefern, wenn sie wieder an ihn komme [z]. II) Wegen der Eviction, wenn dem Erblasser die Beschaffenheit der Sache unbekannt war, und der Mängel der Sache haftet der Erbe in der Regel nicht [a], sofern

[q] L. 38. pr. de leg. 1. (30.) L. 2. L. 4. L. 6. L. 58. de leg. 2. (31.).

[r] L. 5. pr. de leg. 2. (31.).

[s] L. 5. §. 1. de leg. 2. (31.).

[t] L. 31. de testam. milit. (29. 1.) L. 15. de reb. dub. (34. 5.).

[u] L. 47. §. 5. L. 59. L. 53. §. 7. L. 114. §. 19. de leg. 1. (30.) L. 66. §. 4. de legat. 2. (31.) L. 14. ad L. Aquil. (9. 2.). Die Ideen der Neueren sind auch hier wieder verschieden. Wehrn doctrin. expl. princ. damni, §. 27. Schöman Handb. 1. B. S. 339—343.

[x] §. 16. I. de legat. (2. 20.) L. 112. §. 1. de legat. 1. (30.) L. 63. de legat. 2. (31.).

[y] L. 108. §. 12. de legat. 1. (30.).

[z] L. 47. §. 2. 4. 6. L. 48. §. 1. L. 53. §. 9. L. 69. §. 5. de leg. 1. (30.).

[a] L. 45. §. 2. L. 56. L. 57. L. 69. §. 3. 4. L. 70. pr. §. 1. de legat. 1. (30.). Müller ad Leyser Obs. 611.

ihm keine Arglist zur Last fällt [b]. Doch ist er wegen der Eviction verantwortlich, wenn der Legatar dem Erblasser nahe verbunden [c], oder die Sache aus einer Gattung gegeben ist [d]. Die Frage: ob der Erbe die Sache von den darauf ruhenden dinglichen Rechten befreyen muſs? ist durch mancherley Unterscheidungen zu beantworten, wobey erst die Fragen zu sondern sind, ob die legirte Sache dem Erblasser, dem Onerirten, dem Legatar, oder einem Dritten gehörte, und dann wieder in jedem Fall, wem von jenen vier Arten der Personen bisher die Rechte zustanden [e]? III) Die Ablieferung der Sache muſs am gehörigen Ort [f], und nach Billigkeit zur gehörigen Zeit geschehen [g]. Ist der Erbe durch Mahnen, oder Gesetz in Verzug gebracht, oder verzögert er arglistig die Antretung, um dadurch Früchte zu gewinnen, so muſs er zur Strafe von da an landesübliche Zinsen geben, und alle gezogenen und vernachlässigten Früchte restituiren [h], ausgenommen, wenn er seine eigne Sache als Legat zu geben hat [i]. Bis zum Verzuge gehören ihm die Früchte, wenn diese nicht namentlich dem Legatar mit vermacht sind [k], wofür er aber auch die Lasten der Sache zu tragen hat [l]. IV) Der Legatar kann verlangen, daſs ihm die Sache, oder wenn dieſs den Beschwerten zu sehr belästigt, deren Werth [m], und zwar mit allen, von

[b] L. 110. §. 1. eod.

[c] L. 77. §. 8. de leg. 2. (31.).

[d] L. 45. §. 1. de leg. 1. (30.).

[e] Die Hauptbelege enthalten §. 9. I. de legat. (2. 20.) L. 39. §. 2. 5. L. 57. L. 67. pr. L. 69. §. 3. 4. L. 70. pr. §. 1. L. 86. §. 4. de leg. 1. (30.) L. 26. L. 66. §. 2. 6. L. 76. §. 2. de leg. 2. (31.). Wenig zur richtigen Interpretation liefern: Cuiac. ad African. ad L. 35. de vulg. subst. Donell. comm. L. 8. c. 11. Steck vindiciae leg. ant. cap. 10. (Otto Thes. P. 5.). Gothofred animadv. c. 20. (Otto Th. P. 3.).

[f] L. 26. L. 66. §. 6. L. 76. §. 2. de leg. 2. (31.).

[g] L. 71. §. 2. de legat. 1. (30.). Wann diese eintrit, darüber s. unten §. 791.

[h] L. 39. §. 1. L. 108. §. 11. eod. L. 78. §. 2. de leg. 2. (31.) L. 89. §. 1. de leg. Falcid. (35. 2.) L. 3. C. de usur. legator. (6. 47.).

[i] L. 24. §. 2. ad Leg. Falc. (35. 2.).

[k] L. 1. 4. C. l. c. Leyser Sp. 382. I. H. Luis de natura legati generatim, et in specie quo tempore debeantur fruct. et usurae. Goett. 1786. Westphal v. Verm. 1. B. §. 776. Falsche Ideen hat Höpfner Comm. §. 583. Müller ad Leyser Obs. 598. Wernher lect. comm. L. 30. §. 18.

[l] L. 39. §. 5. de legat. 1. (30.).

[m] L. 51. L. 71. §. 3. 4. de leg. 1. (30.) L. 11. §. 17. 25. de leg. 3. (32.).

aufsen oder innen zu derselben hinzugekommenen Accessionen und Zubehörungen gegeben werde [n]. Ist die Hauptsache untergegangen, so fällt sein Recht auf die Nebentheile weg [o]; sonst aber mufs ihm von mehreren Sachen auch das letzte übrigbleibende Stück gegeben werden [p]. V) Die Veräufserung dessen, was legirt ist, ist dem Erben unerlaubt, ausgenommen, wenn dazu eine Rechtsnothwendigkeit vorhanden ist [q].

§. 760.

Dessen Klagen.

Um seine Rechte geltend zu machen, hat der Legatar folgende, jedoch nur electiv concurrirende [r] Rechtsmittel, nämlich 1) wenn ihm etwas, in der Masse befindliches Specielles hinterlassen ist, die, aus dem Rechte selbst entspringende dingliche oder persönliche Klage [s]. Aufserdem hat 2) der Legatar gegen die Erben, in der Regel nur auf ihren Theil [t], die *actio personalis ex testamento*, eben so, als ob er mit ihnen wegen Auszahlung des Legats contrahirt hätte [u], und zwar im Fall des Läugnens auf das Doppelte [x]. Hieran schliefst sich 3) wegen des stillschweigenden Pfandrechts der Legatare die *actio hypothecaria* [y].

§. 761.

Wahlrecht desselben.

Sehr merkwürdig ist endlich noch das Wahlrecht des Legatars [z], welches demselben bey einem generellen, und alternativen Legat zusteht. Im Zweifel gebührt dem Legatar und dessen Erben, ohne Rücksicht, an wen die Worte gerichtet, und ob die Sachen in der Erbmasse sind, oder nicht, die

[n] §. 18. 19. 20. I. de legat. (2. 20.) L. 24. §. 2. 3. L. 84. §. 4. L. 116. §. 4. de legat. 1. (30.) L. 10. L. 39. de leg. 2. (31.) L. 16. L. 52. §. 9. L. 91. §. 4. 5. 6. L. 100. §. 3. de legat. 3. (32.).

[o] §. 17. I. de legat. (2. 20.).

[p] §. 18. 19. 20. I. eod. L. 22. de leg. 1. (30.).

[q] L. 81. pr. de legat. 1. (30.) L. 3. § 2. C. commun. de legat. (6. 43.) L. 114. §. 14. de legat. 1. (30.).

[r] L. 84. §. 13. de legat. 1. (30.) L. 76. §. 8. de legat. 2. (31.).

[s] L. 80. eod. L. 18. C. de legat. (6. 37.).

[t] L. 54. §. 3. L. 124. de legat. 1. (30.) L. 11. §. 23. de leg. 3. (32.).

[u] §. 5. I. de obl. quae quas. ex contr. (3. 28.).

[x] §. 7. I. eod.

[y] L. 1. C. commun. de legat. (6. 43.).

[z] Gebauer de opt. vel elect. legata (op. T. 1.). Westphal v. einzelnen Verm. §. 1 — 48.

Wahl [*a*]; nur darf er bey dem generellen Legat im Zweifel nicht das Beste wählen [*b*], wohl aber bey dem alternativen [*c*]. Hat der Erblasser Jemandem namentlich das Wahlrecht gegeben (*legatum optionis s. electionis*): so bleibt es dabey. Der Legatar, und jetzt auch dessen Erbe [*d*], kann, wenn die Wahl ihm überlassen ist, das Beste wählen [*e*]; nur darf die Wahl nicht durch einen Stellvertreter [*f*]; auch muſs sie binnen der vom Erblasser, oder vom Richter gesetzten Zeit geschehen [*g*]. Soll ein Dritter wählen, welcher nicht will, oder kann, so trit der Legatar, welcher dann aber im Zweifel das Beste zu wählen nicht befugt ist, an dessen Stelle [*h*]; und eben so, wenn der, zur Wahl bestellte Erbe, welcher aber nicht das Schlechteste geben darf [*i*], binnen der gehörigen Zeit sich nicht entscheidet [*k*]. Können sich mehrere, denen die Wahl zusteht, nicht vereinigen, so entscheidet das Loos [*l*]. Ist ein Legat ein bloſs unbestimmtes, so erhält der Legatar von mehreren Dingen nur das Schlechteste [*m*]. Sind ihm aber von einer Gattung unbestimmt mehrere Stücke vermacht, so kann er drey fodern [*n*]. Auch ist noch zu bemerken, daſs der Erbe, wenn ihm die Wahl aus einer Gattung zusteht, dem Legatar in der Regel kein Stück geben kann, welches derselbe vorher auf andre Art erworben, und veräuſsert hat [*o*].

[*a*] §. 2. §. 22. I. de legat. (2. 20.). Meine Versuche 1. B. S. 16. 17. A. M. ist Höpfner Comm. §. 569. Gebauer l. c. §. 2. 3. wegen L. 20. L. 32. §. 1. L. 71. pr. L. 84. §. 3. L. 108. §. 2. de legat. 1. (30.) L. 4. de trit. vin. ol. (33. 6.) L. 2. §. 1. de opt. vel elect. (33. 5.) L. 11. 12. de adim. vel transfer. legat. (34. 4.).

[*b*] L. 37. de legat. 1. (30.).

[*c*] L. 34. §. 14. de leg. 1. (30.) L. 23. de legat. 2. (31.).

[*d*] §. 23. I. de legat. (2. 20.) L. ult. C. commun. de legat. (6. 43.).

[*e*] L. 2. pr. h. t. (33. 5.) L. 9. §. 1. de dolo (4. 3.).

[*f*] L. 77. L. 123. pr. de R. I. (50. 17.).

[*g*] L. 6. L. 8. pr. h. t. (33. 5.).

[*h*] L. ult. §. 1. C. commun. de legat. (6. 43.) L. 21. h. t. (33. 5.).

[*i*] L. 110. de legat. 1. (30.).

[*k*] L. 37. eod. L. 11. §. 1. de legat. 2. (31.).

[*l*] §. 23. I. de legat. (2. 20.) L. ult. C. commun. de legat. (6. 43.).

[*m*] L. 39. §. 6. de legat. 1. (30.).

[*n*] L. 1. h. t. (33. 5.).

[*o*] L. 66. §. 2. 3. de leg. 2. (31.).

§. 762.

2) Pflichten des Legatars.

Der Legatar ist dagegen von seiner Seite verpflichtet, I) dem Erben alle Auslagen, so weit sie nicht durch die Früchte vergütet sind, zu erstatten [*p*]; auch II) das Legat zur gehörigen Zeit anzunehmen, widrigenfalls ihn die allgemeinen Strafen des Verzugs des Gläubigers (§. 103.) treffen [*q*]. Ferner muſs er III) die, ihm als Legatar aufgelegten Lasten, wenn sie nicht übermäſsig sind (§. 747.), übernehmen [*r*]; auch IV) sich nicht durch Eigenmacht in den Besitz des Legats setzen [*s*]. Endlich ist er V) verpflichtet, wenn der Erbe zu sehr beschwert ist, sich vom Legat einen Abzug gefallen zu lassen. Dieser letzte Punct bedarf jedoch noch mannigfaltiger Erörterungen.

§. 763.

Besonders über die Q. Falcidia

Nach der Vorschrift der *L. Falcidia* [*t*] ist jeder testamentarische Erbe [*u*], und nach einer späteren Vorschrift auch jeder Intestat-Erbe [*x*], befugt, zu verlangen, daſs ihm der vierte Theil seiner Portion frey bleibe, und kann danach, wenn diese Portion überschwert ist, die sogenannte *Quarta Falcidia* abziehen. Diese Vorschrift ist aber, besonders später, wieder sehr modificirt. Die Hauptfragen sind jetzt: wer die *Q. Falcidia* abziehen kann, und wem? welches die Ausnahmen sind, da sie nicht abgezogen wird? wie sie zu berechnen, und wie sie abzuziehen ist?

§. 764.

Wer zieht sie ab?

Die Regel ist, daſs nur directe Erben die Falcidia abziehen können, und daſs jedem Erben ein Viertheil seiner Portion frey bleiben muſs [*y*].

[*p*] L. 58. 59. 60. 61. de legat. 1. (30.).

[*q*] L. 84. §. 3. de legat. 1. (30.).

[*r*] L. 94 §. 2. eod. L. 79. de leg. 2. (31.) L. 44. §. 9. de condit. et demonstr. (35. 1.).

[*s*] Tit. P. quod legator. (43. 3.). Faber err. pragm. D. 44. E. 6 und oben §. 744. a. E.

[*t*] F. Husmann paradoxa ad L. Falc. (Otto Thes. T. 4.). A. O. ab Olono paralip. iur. civ. L. 4. c. 1. fgg. I. Voorda comm. ad Leg. Falcid. Harl. 1730. 8. Westphal v. Verm. 2. B. §. 1132—1347.

[*u*] L. 1. h. t. (35. 2.).

[*x*] L. 18. eod.

[*y*] L. 77. h. t. (35. 2.). Voorda l. c. cap. 5. I. B. de Bernstorf de ratione L. Falc. in singulis heredibus, maxime substitutis, ponenda. Goett. 1754.

Was von Erben gilt, findet auch in Rücksicht aller statt, welche an deren Stelle treten [*z*]. Legatare und Fideicommissare sind dazu nicht befugt [*a*], ausgenommen 1) wenn ihnen selbst ein Abzug geschehen ist, in welchem Fall sie ihren Legataren wieder einen verhältnifsmäfsigen Abzug machen [*b*], sofern nämlich der Fall nicht zu den Ausnahmen gehört, da überhaupt selbst der Erbe nichts abziehen darf [*c*], auch dem Legatar nicht auferlegt ist, Jahrgelder zu zahlen [*d*]. Ferner 2) wenn der Erbe ihnen zu ihrem Vortheil nichts abzog, in welchem Fall ihnen alles, dem Abzuge Unterworfene als Schenkung bleibt [*e*].

§. 765.

Mehrfacher Abzug.

Der Satz, dafs jeder Erbe seine Portion frey haben mufs, ist in dem Fall sehr verschieden zu entscheiden, wenn Einem Erben mehrere Portionen zufallen, oder eine Portion wieder getheilt wird. Man unterscheide hier: I) wenn Jemand zugleich als directer *institutus* verschiedene Portionen erhalten hat [*f*], oder als *institutus* und *vulgariter substitutus* [*g*], oder als Pupillar-Substitut mehrerer Kinder: so werden die mehreren Portionen für Eine gerechnet [*h*]. II) Wird ein Erbe der Erbe eines Miterben, so ist seine eigne von der ererbten Portion zu trennen [*i*]. III) Treten mehrere Substituten an die Stelle eines Andern, so kann jeder Substitut verlangen, ein Viertheil seiner Portion frey zu haben [*k*]. Fällt IV) durch das Anwachsungsrecht (§. 673.) eine Portion auf einen Erben, so werden beide getrennt, wenn die anwachsende überschwert, hingegen vereinigt, wenn die anwachsende nicht überschwert ist [*l*]. Eben diese Unterscheidungen gelten, V) wenn Sohn und Vater zu Erben ernannt sind, und der letzte in die Stelle jenes trit [*m*],

[*z*] L. 71. eod. L. 3. C. eod. (6. 50.) L. 55. §. 2. L. 63. §. 11. ad SCt. Treb. (36. 1.).

[*a*] L. 47. §. 1. D. h. t. (35. 2.).

[*b*] L. 32. §. 4. eod.

[*c*] L. 43. §. 1. de condit. et demonstr. (35. 1.) L. 32. §. 5. h. t. (35. 2.).

[*d*] L. 25. §. 1. eod.

[*e*] Arg. L. 1. §. 19. ad SCt. Trebell. (36. 1.).

[*f*] L. 11. §. 5. L. 87. §. 3. h. t. (35. 2.).

[*g*] L. 1. §. 13. L. 87. §. 4. eod.

[*h*] L. 14. §. 2. eod.

[*i*] L. 1. §. 15. eod.

[*k*] L. 80. pr. eod.

[*l*] L. 78. L. 87. §. 4. eod. S. I. Kapff de detract. Falc. portione gravata vel non grav. coheredi accresc. Tub. 1786.

[*m*] L. 25. pr. eod.

so wie VI) wenn Jemand als *institutus* und *pupillariter substitutus* erbt. Denn dann braucht er mit dem Ueberschuſs seiner Portion den Mangel der Pupillar-Portion nicht zu decken [*n*], wohl aber muſs er den Ueberschuſs dieser in seine überschwerte Portion einrechnen [*o*]. Ist jedoch ein *institutus* einem enterbten Kinde substituirt, so werden beide getrennt [*p*], während ein, zugleich eingesetzter und pupillarisch substituirter Erbe seine, und die Substitutions-Portion vereinigen muſs, wenn ihm selbst als Substituten die Legate aufgelegt sind [*q*].

§. 766.

Wovon, und wem wird sie abgezogen?

Die Falcidie kann von allen Arten theilbarer und untheilbarer Sachen abgezogen werden [*r*], welche als Legat, Singular-Fideicommiſs, als Schenkung einzelner Sachen, oder des ganzen Vermögens auf den Todesfall, und was dieser gleich ist, hinterlassen wurden [*s*]. In folgenden Fällen findet jedoch kein Abzug statt: A) wenn das Legat in einem militärischen Testament [*t*], oder B) einer milden Stiftung hinterlassen ist [*u*], und zwar unbedingt [*x*]. C) Ist das Legat ein *legatum debiti*, so fällt der Abzug natürlich insoweit weg, als der Legatar das Seinige erhält. Wegen der Vortheile der früheren Zahlung kann aber der Erbe das *interusurium* (§. 289.) berechnen, und davon die Falcidie abziehen [*y*], woraus sich jedoch nicht schlieſsen läſst, daſs der Legatar sich müsse einen Abzug gefallen lassen, wenn der Erblasser die Schuld gröſser angegeben hat, als sie ist [*z*].

[*n*] L. 11. §. 7. L. 87. §. 4. eod.

[*o*] L. 87. §. 5. 8. eod.

[*p*] L. 10. eod.

[*q*] L. 1. §. 12. L. 11. §. 5. L. 31. L. 79. L. 80. pr. eod.

[*r*] L. 1. §. 6. 7. 10. L. 19. L. 30. §. 1. h. t. (35. 2.).

[*s*] L. 1. pr. §. 13. L. 18. h. t. (35. 2.) L. 5. 12. C. eod. (6. 50.) L. 2. C. de donat. mortis caussa (8. 57.). Lauterbach coll. L. 35. T. 2. §. 9.

[*t*] L. 17. 92. 96. h. t. (35. 2.) L. 7. C. eod. (6. 50.). I. S. Kapff de lege Falc. in milit. test. ex prohibit. cessante. Tub. 1787.

[*u*] L. 49. C. de episc. et cleric. (1. 3.) Nov. 131. c. 12.

[*x*] Conradi pr. de quarta Falc. legatis in dona Deor. relictis deduc. Helmst. 1747. Voet L. 35. T. 2. §. 16. Bardili de legatis ad pias caussas, §. 31. A. M. ist Westenberg princ. D. L. 35. T. 2. §. 29.

[*y*] L. 1. §. 10. h. t. (35. 2.) L. 1. §. 12. de dote prael. (33. 4.).

[*z*] A. M. ist Hofacker T. 2. §. 1512. Allein s. Weber in d. Anm. z. Höpfner Comm. §. 599. not. 1. a. E.

zumal jetzt, da D) der Erblasser den Abzug der Falcidie verbieten kann [a]; selbst stillschweigend, z. B. durch die Vorschrift, daſs die Sache nicht veräuſsert werden solle [b]. Ferner fällt der Abzug weg E) bey dem Legat der Freyheit [c]. F) Bey jedem Legat, insofern es in den Pflichttheil eingerechnet werden soll [d], oder G) dem Auszahlenden ohne Werth ist [e]. H) Wenn der Erbe das Legat heimlich unterzuschlagen gesucht, oder es auf eine unverzeihliche Art heimlich einem Unfähigen zu geben versprochen hat, in welchem Fall die Falcidie oder das Legat dem Fiscus zufällt [f]. I) Wenn der Erbe absichtlich kein Inventar errichtete [g]. K) Wenn er sich seines Rechts begeben hat [h], wohin auch der Fall gehört, wenn er das Legat, oder jetzt sogar, wenn er überhaupt nur ein Legat wissentlich, oder aus einem Rechtsirrthum ohne Abzug zahlte [i]. Merkwürdig ist hier, daſs die Legatare dem Abzuge des Käufers der Erbschaft widerstreiten können, wenn dieser dem Verkäufer versprach, die Legate ganz zu zahlen [k]. Endlich fällt L) der Abzug bey allen Legaten weg, welche der Erbe zur Erfüllung einer Bedingung gibt, und welche also im Grunde kein Legat sind [l].

§. 767.

Berechnung derselben.

Die Berechnung der Falcidie geschieht nach folgenden Regeln: 1) zuvörderst sind von der Masse abzuziehen alle Erbschaftsschulden [m], und die, den Schulden gleichzusetzenden Legate, welche keinen Abzug leiden [n], so wie der Pflichttheil des, mit dem Legat beschwerten Noth-

[a] Nov. 1. c. 2. §. 2.

[b] Nov. 119. c. 11. Voet l. c. §. 11.

[c] L. 33. 34. h. t. (35. 2.).

[d] L. 87. §. 3. de legat. 2. (31.).

[e] L. 15. C. h. t. (6. 50.).

[f] L. 13. L. 24. pr. L. 68. §. 1. h. t. (35. 2.).

[g] L. ult. §. pen. C. de iure delib. (6. 30.). Eine arglistige Unterlassung verlangt Wernher lect. comm. L. 35. T. 2. §. 14.

[h] L. 46. L. 71. h. t. (35. 2.) L. ult. C. h. t. (6. 50.).

[i] L. 9. C. eod. Nov. 1. c. 3. vergl. mit L. 15. §. 2. L. 16. (35. 2.).

[k] L. 71. D. eod.

[l] L. 1. §. 8. L. 44. eod.

[m] L. 66. §. 1. L. 69. h. t. (35. 2.) L. 6. L. 14. C. eod. (6. 50.). Ueberh. über die Berechnungsart: Estor Proc. 3. B. S. 132. fgg. L. C. v. Florencourt Abh. aus der jur. und pol. Rechenk. Altenb. 1781. n. 4.

[n] Wernher Vol. 5. Obs. 92. Voet L. 35. T. 2. §. 26.

erben [*o*]. Ferner die Leichenkosten [*p*], und alle, auf Regulirung der Masse verwandten Auslagen [*q*], so wie der Werth entlassener Sklaven [*r*]. Ist II) auf diese Art der active Bestand der Masse ausgemittelt, so kann der Erbe verlangen, dafs ihm von seiner Erb-Portion, wohin denn auch die, ihm von sich selbst hinterlassenen Prälegate, und ausfallende Legate, und alle, ihm vom Erblasser bey dessen Leben geschenkten Sachen gehören, ein Viertheil frey gelassen werde [*s*]. Was ihm unter einem singulären Titel zufiel, rechnet er nicht an [*t*], auch nicht, was ihm von einem thörichten Käufer für die insolvente Erbschaft gegeben ward [*u*]. III) Bey Bestimmung der Gröfse des Activ-Vermögens sieht man auf den Bestand und wahren gemeinen Werth desselben im Augenblick des Todes des Erblassers. Was nachher gewonnen wird, wie die Früchte, braucht der Erbe den Legataren nicht anzurechnen, die Verringerung der Masse fällt ihm aber auch zur Last [*x*], versteht sich, wenn der Schaden sich nicht an der legirten Species, oder der ganzen Gattung, wovon etwas legirt ist, ereignet [*y*]. Die, zur Zeit des Todes reifen, und nachher geernteten Früchte mufs er jedoch anrechnen [*z*], so wie alle, von betagten, oder bedingten Legaten gezogenen Früchte [*a*]. IV) Der Abzug geschieht den Legataren *pro rata*. Was dem einen hiebey geschenkt ist, darf den andern nicht zur Last gelegt werden [*b*]. Ist die legirte Sache untheilbar, so mufs der Legatar, nach vorgängiger Taxe des gemeinen Werths, den Erben in Gelde entschädigen [*c*]. Sonst kann eine Theilung des Rechts, oder die Rückhaltung einer von mehreren Sachen stattfinden [*d*]. In Ansehung des Falls, wenn die Gröfse des Legats von künftigen

[*o*] Faber err. pragm. D. 11. E. 6. Die Ausführung dieses Satzes läfst sich besser unten §. 778. nr. E. geben.

[*p*] L. 1. §. 19. D. eod.

[*q*] L. 72. eod. L. ult. §. 9. C. de iure delib. (6. 30.).

[*r*] L. 36. §. 2. D. eod.

[*s*] L. 11. pr. L. 50. L. 51. L. 52. §. 1. L. 56. §. 5. L. 74. L. 76. §. 1. eod.

[*t*] L. 15. §. 7. L. 29. L. 74. eod.

[*u*] L. 3. pr. eod.

[*x*] §. 2. I. h. t. (2. 22.) L. 30. pr. L. 73. pr. D. eod.

[*y*] L. 30. §. 3. 4. eod. Noch weiter geht Voet L. 28. T. 8. §. 22.

[*z*] L. 9. eod.

[*a*] L. 1. §. 12. 16. L. 45. pr. §. 1. L. 73. §. 2. 4. eod.

[*b*] Nov. 1. c. 3.

[*c*] L. 7. L. 80. §. 1. eod.

[*d*] L. 1. §. 9. L. 23. L. 81. pr. eod.

Begebenheiten abhängt, haben die Gesetze mancherley abweichende Rechnungsarten [*e*].

§. 768.

Rechtsmittel des Erben.

Der Erbe hat, um wegen der Falcidie zu seiner Befriedigung zu gelangen, mancherley Mittel. Ist er I) im Besitz des Legats, so kann er sich durch wirklichen Abzug decken [*f*], oder durch Caution [*g*]. Hat II) der Legatar das Vermächtniſs in Händen, und zwar vermöge einer widerrechtlichen Anmaſsung desselben, so wählt der Erbe am besten den Weg durch Interdicte [*h*]. Uebergab der Erbe selbst, durch einen factischen Irrthum verleitet, das ganze Legat, so fodert er das zuviel Gegebene *condictione indebiti* zurück [*i*]. Erhielt der Legatar ohne Gewalt auf andre Art zuviel, so muſs sich der Erbe durch die *actio in factum*, *ad exhibendum*, oder die *rei vindicatio* helfen [*k*].

Zweyte Unterabtheilung.

Ueber Universal-Fideicommisse.

§. 769.

I) Deren Errichtung.

Ein Universal-Fideicommiſs (§. 669.) kann sowohl ausdrücklich, als stillschweigend errichtet werden [*l*]. Die jetzigen Juristen nennen es im letzten Fall ein *fideicommissum tacitum* [*m*]. Ein

[*e*] L. 1. §. 16. L. 3. §. 2. L. 47. pr. L. 55. L. 68. pr. eod. Westphal v. Verm. 2. B. §. 1310. fgg. Schmelzer comm. de probabilitate vitae eiusque usu forensi. Goett. 1788. 8.

[*f*] L. 15. §. 1. L. 93. h. t. (35. 2.). Ueberh. H. C. Kahle de remediis iuris heredi ad consequendam quart. Falc. competentibus. Goett. 1803.

[*g*] S. unten §. 789.

[*h*] S. hierüber oben §. 744.

[*i*] L. 1. §. 11. eod. L. 9. C. h. t. (6. 50.).

[*k*] L. 5. §. 1. ad exhib. (10. 4.) L. 77. §. 2. de leg. 2. (31.) L. 26. pr. h. t. (35. 2.).

[*l*] Ueberhaupt: M. A. Peregrini Tr. de fideicomm. Lugd. 1670. C. Chifflet de iure fideic. (Otto Th. T. 5.). I. H. Berger select. fideic. capita. Vit. 1710. Westphal v. Vermächtnissen. 2. B. §. 1550—1872.

[*m*] H. Bodinus de fideic. tacito. Hal. 1692. I. G. a Saavedra de tac. fideic. (in eius Tr. de expens. et meliorat. Col. 1711.). Die Römer verstehen darunter das, was versteckt Unfähigen hinterlassen ist, und insofern ganz oder zum Theil an den Fiscus fällt. L. 103. de legat. 1. (30.) L. 10. de his quae ut indignis (34. 9.) L. 3. §. 3. de iure fisci (50. 14.) L. 1. C. de

solches stillschweigendes Fideicommiſs wird z. B. angenommen, wenn Jemand in Codicillen einen Pupillar-Substituten ernennt [n]; wenn der Erblasser vorschreibt, der Fiduciar solle eine gewisse Person zum Erben ernennen [o], oder mit ihr theilen [p], oder zum Vortheil derselben sich mit etwas Gewissem begnügen [q], oder zum Vortheil seiner Intestat-Erben kein Testament errichten [r]. Die Person des Fideicommissars muſs aber, selbst bey dem Befehl, nicht zu veräuſsern, bestimmt angegeben [s], und dem Erben nicht bloſs im Allgemeinen empfohlen seyn [t]. Auch läſst sich aus der Erwähnung der Existenz einer Person, als einer Bedingung, unter der eine andre Person ein Fideicommiſs nicht haben solle, an sich noch keineswegs schlieſsen, daſs die erste (*in conditione posita*), wenn sie lebt, Fideicommiſs-Erbe seyn solle [u].

§. 770.

Wer kann damit beschwert werden?

Jeder, welcher als Erbe honorirt ist, kann, aber auch nur insoweit, mit einem Fideicommiſs beschwert [x], und diese Last auf seine eignen Güter [y], ja sogar auf eine andre, ihm gehörige Erbschaft gelegt werden [z]. Nur der Pflichttheil ist von allen Belästigungen frey [a], ausgenommen wenn der Erblasser sich der Socinischen Cautel (§. 812.) bedient, und der Notherbe sich dieſs gefallen läſst.

§. 771.

Modificationen.

Ein Fideicommiſs kann unter mancherley Modificationen errichtet, und auch bedingt ertheilt werden [b]. Als stillschweigend bedingt ist nach den Gesetzen das Fideicommiſs anzusehen, wenn ein

delatoribus (10. 11.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 35.

[n] L. 76. ad SCt. Treb. (36. 1.).

[o] L. 17. pr. eod. L. 114. §. 6. de legat. 1. (30.).

[p] L. 19. §. 1. L. 78. pr. h. t. (36. 1.).

[q] L. 69. pr. de leg. 2. (31.).

[r] L. 74. pr. h. t. (36. 1.).

[s] L. 114 §. 14. de legat. 1. (30.) L. 38. §. 3. 7. de legat. 3. (32.). Schmuck de alienatione rei hereditariae prohibita, quatenus tacitum fideic. inducat. Erl. 1761.

[t] L. 11. §. 2. de leg. 3. (32.).

[u] Höpfner Comm. §. 603. not. 2.

[x] §. 11. de fideic. hered. (2. 23.) L. 78. §. 11. ad SCt. Treb. (36. 1.).

[y] L. 114. §. 7. de legat. 1. (30.)

[z] L. 17. §. 1. h. t. (36. 1.).

[a] L. 20. eod.

[b] §. 2. I. h. t. (2. 23.).

Ascendent seinen kinderlosen Descendenten einsetzt, und ihm die Restitution an einen Dritten auflegt. Stirbt hier der Descendent, und hinterläfst Kinder, so wird dadurch der Dritte ausgeschlossen [*c*].

§. 772.

Successiv- u. zeitige Fideicommisse.

Eine besonders wichtige Modification der Fideicommisse ist es, wenn der Erblasser eine mehrmalige successive Restitution vorschreibt. Man nennt dann die Fideicommisse *perpetua*, oder *successiva*, und dagegen die, wobey nur eine einmalige Restitution stattfindet, *temporalia*. Nach Justinians, jetzt nicht mehr befolgter Vorschrift, sollen die ersten nur durch vier Grade gehen dürfen [*d*]. Ist ein Successiv-Fideicommifs zum Vortheil der Familienglieder errichtet, so heifst es ein Familien-Fideicommifs [*e*]. Im Zweifel geschieht dabey die Restitution an die, welche das gemeine Recht als Intestat-Erben ruft [*f*]. Was das Lehn- und Deutsche Recht hierin geändert hat, mufs hier wieder übergangen werden.

§. 773.

II) Rechtsverhältnisse. 1) Pflichten des Fiduciars.

Die Errichtung und Erwerbung eines Fideicommisses erzeugt mancherley Rechtsverhältnisse zwischen dem Fiduciar und Fideicommissar, und beiden gegen dritte Personen. Zu den Pflichten des Fiduciars gegen den Fideicommissar gehört, (da der letzte das Fideicommifs nicht *ipso iure* erwirbt, sondern nur eine persönliche Klage auf Restitution gegen den ersten hat [*g*]), vor allen Dingen, dafs er die Erbschaft antrete, und restituire [*h*]. Weigert er, oder sein Nachfolger sich I)

[*c*] L. 102. de cond. et demonstr. (35. 1.) L. 30. C. de fideic. (6. 42.) L. 6. C. de inst. et subst. (6. 25.). Faber Err. pragm. D. 26. E. 1. fgg. Idem coni. L. 17. c. 17. fgg.

[*d*] Nov. 159. c. 2. 3.

[*e*] Ueberh. P. Knipschild de fideic. famil. nob. Aug. Vindel. 1750. I. G. Sieber select. cap. fideicomm. fam. Lips. 1743.

[*f*] L. 69. §. 3. de legat. 2. (31.) L. 5. L. 8. §. 1. de iure codic. (29. 7.). Voet L. 36. T. 1. §. 30. fgg.

[*g*] L. 1. de fideic. her. pet. (5. 6.) L. 37. L. 63. h. t. (36. 1.) L. 7. §. 1. C. ad SCt. Trebell. (6. 49.) L. 14. C. de fideic. (6. 42.). Averan interpr. L. 4. c. 6. 7. 8.

[*h*] Läfst der Fiduciar die Zeit zur Annahme der Erbschaft verstreichen, so schadet diefs dem Fideicommissar nicht. L. 63. §. 14. h. t. (36. 1.).

der Antretung, und zwar 1) ohne gerechten Grund, wohin die bloſse Insolvenz der Masse nicht gehört [*i*], so wird er nach dem *SCto Pegasiano* zur Antretung und Restitution, auf Verlangen jedes Fideicommissars [*k*], gezwungen [*l*], sofern ihm nämlich die Antretung rechtlich möglich ist [*m*], oder es wird beides *in contumaciam* als geschehen angenommen [*n*]. Läſst es der Fiduciar zu dieser erzwungenen Antretung kommen, so verliert er zum Vortheil des Fideicommissars alles, was er nach dem Folgenden (§. 775. 778.) in der Regel vom Nachlaſs einzubehalten, und abzuziehen berechtigt ist [*o*]; doch bleibt ihm das, was nach Gesetzen oder andern Dispositionen ihm nicht als einem Nachfolger des Erblassers gebührt [*p*], so wie alles, was er zur Erfüllung einer Bedingung, oder auf den Fall erhielt, wenn er nicht Erbe werden sollte [*q*]. Die Rechte dritter Personen können natürlich unter diesem Zwange nicht leiden [*r*]. Läſst sich dagegen 2) die Antretung guter Gründe wegen nicht erzwingen, und wird nun so das Testament destituirt, so fällt auch das Fideicommiſs [*]. II) Wird nach der Antretung bloſs die Restitution verweigert, so kann darauf geklagt werden. Ist dieſs nicht möglich, so wird sie *ipso iure* als geschehen angenommen [**].

§. 774.

Fortsetzung. Die Restitution kann jeder, dem das Fideicommiſs zugedacht ist [*s*], oder dessen Bevollmächtigter [*t*], und zwar von jedem Fiduciar, und allen, welche an dessen Stelle rücken, und die Erbschaft besitzen, fodern [*u*]. Ob die Restitution reell, oder wörtlich geschehe, ist in Beziehung auf die wirkliche Erwerbung der Rechte eines Fideicommissar-Erben völlig einerley [*x*].

[*i*] L. 4. L. 14. §. 1. eod.
[*k*] L. 6. §. 5. eod.
[*l*] §. 6. I. h. t. (2. 23.).
[*m*] L. 9. §. 3. L. 10. D. eod.
[*n*] L. 7. §. 1. C. eod. (6. 49.).
[o] L. 27. §. 2. 14. 15. L. 28. §. 1. L. 43. L. 55. §. 3. D. eod.
[*p*] L. 42. §. 1. L. 55. pr. eod.
[*q*] L. 27. §. 15. eod. L. 44. §. 5. de cond. et demonstr. (35. 1.).
[*r*] L. 16. §. 9. h. t. (36. 1.).
[*] L. 13. §. 3. h. t. (36. 1.).
[**] L. 7. §. 1. C. h. t. (6. 49.).
[*s*] Wer dieſs sey? ist eine, nach den Worten und Umständen zu entscheidende Frage. Vergl. Voet L. 36. T. 1. §. 24. fgg.
[*t*] L. 40. §. 2. L. 41. L. 42. pr. L. 66. §. 1. h. t. (36. 1.).
[*u*] L. 3. §. 5. L. 55. §. 4. L. 64. §. 2. eod.
[*x*] L. 57. eod.

§. 775.

Fortsetzung. Bey der Restitution ist es Pflicht des Fiduciars, das Object vollständig zu restituiren [y]. Ist die Vorschrift des Erblassers bestimmt, so ist alles zu restituiren, worauf die Vorschrift gerichtet ist, mit Ausnahme der Sachen, welche nicht eigentlich zufolge der Disposition, sondern aus andern Gründen auf den Fiduciar übergehen [z]. Soll daher alles herausgegeben werden, so restituirt der Fiduciar selbst das, was ihm besonders noch unter einem singulären Titel zugefallen ist, sogar die, von andern empfangenen Prälegate [a]. Ist ihm dagegen nur aufgelegt, die Erbschaft, oder einen idealen Theil derselben zu restituiren, so ist der Hauptgegenstand der Restitution bloſs die Erbschaft, oder der Theil, nebst den, bis zur Antretung derselben gezogenen Früchten [b], und was dazu durch das Anwachsungsrecht hinzukam [c]. Er restituirt also nicht A) die, zur Masse nicht gehörenden Sachen [d], also auch nicht, was er unter Lebenden vom Erblasser erhielt [e]. B) Was er *titulo singulari* aus dem letzten Willen erhielt [f]. Aus besondern Gründen C) die Prälegate, insofern er selbst dazu contribuirt hat, ausgenommen wenn der Erblasser sagte, er solle seinen ganzen Erbtheil restituiren [g]. D) Die, vermöge des Willens des Erblassers rechtmäſsig nach der Antretung gezogenen Früchte [h], oder E) durch ungerechte Urtheilssprüche, und thörichte Handlungen anderer [i]. Endlich F) die, von ihm veräuſserten Sachen, deren Veräuſserung ihm im Fall der Noth erlaubt ist (§. 776.), sofern sie nicht durch die Früchte compensirt wurden [k].

[y] L. 78. §. 12. 16. h. t. (36. 1.).

[z] L. 42. §. 1. L. 55. pr. eod.

[a] L. 3. §. 4. eod. L. 6. C. eod. (6. 49.) L. 18. §. 2. de his quae ut indignis (34. 9.).

[b] L. 27. §. 1. h. t. (36. 1.). Voet eod. §. 49.

[c] Voet L. 36. T. 1. §. 38. A. M. sind Cuiac. Obs. L. 12. c. 1. 2. Faber err. pragm. Dec. 37. er. 5. Vinnii qu. sel. L. 1. c. 55.

[d] L. 77. §. 12. de legat. 2. (31.).

[e] Voet l. c. §. 36.

[f] L. 44. §. 5. 6. 7. de cond. et demonstr. (35. 1.).

[g] L. 18. §. 3. h. t. (36. 1.) L. 86. ad L. Falc. (35. 2.) vergl. mit L. 3. §. 4. h. t. Eine andre Idee hat Voet l. c. 37. Nieto de praelegat. cap. 4. §. 14. Hofacker T. 2. §. 1533. und wieder eine andre Pfeiffer de praelegat. §. 22.

[h] L. 18. L. 22. §. 2. L. 44. §. 1. ult. h. t. (36. 1.).

[i] L. 59. §. 1. eod.

[k] L. 22. §. 4. eod.

§. 776.

Besonders Pflicht nicht zu veräufsern.

Eine fernere Pflicht des Fiduciars besteht darin, dafs er den, in seinen eignen Sachen ihm gewöhnlichen Fleifs bis zur Restitution auf die Sachen wende [*l*], und nichts, versteht sich von dem, was er zu restituiren hat, eigenmächtig veräufsere, widrigenfalls, zwar nicht er selbst, aber der Fideicommissar, zu seiner Zeit die Veräufserung als nichtig anzufechten befugt ist [*m*]. In folgenden Fällen ist ihm jedoch die Veräufserung erlaubt: A) wenn alle Interessenten einwilligen [*n*]. Indefs kann hier der Vertrag der Lebenden dem Ungebornen nicht schaden [*o*]. B) Wenn die Schulden des Erblassers es nothwendig machen [*p*], oder C) Sachen nicht aufbewahrbar sind [*q*]. Doch treten in diesen beiden Fällen die Surrogate, welche den Fiduciar bereichern, an die Stelle der veräufserten Sache [*r*]. D) Wenn der Fiduciar ein Kind des Erblassers ist, und ohne Veräufserung die, ihm obliegende Pflicht, eine Brautgabe, oder *donatio propter nuptias* zu errichten, nicht erfüllen kann [*s*]. Endlich E) wenn der Erblasser Veräufserungen gestattete, wohin besonders der Fall gehört, wenn er erlaubte, blofs das, was übrig bleibe, zu restituiren. In diesem Fall kann der Fiduciar durchaus willkührlich drey Viertheile veräufsern; was er durch Veräufserung einer *species* gewonnen hat, kann ihm nicht abgefodert werden; und eben so wenig, was er von einer Gattung nicht mehr besitzt. Er darf sogar in den, vorhin unter A—D erwähnten Fällen das letzte Viertheil angreifen [*t*].

[*l*] L. 22. §. 3. h. t. (36. 1.). v. Löhr Theorie der Culpa. S. 170.

[*m*] L. 88. §. 14. de leg. 2. (31.) L. 3. §. 3. h. t. (36. 1.) L. 1. C. commun. de legat. (6. 43.). Hellfeld de fideic. famil. illustr. cap. 2.

[*n*] L. 120. §. 1. de legat. 1. (30.) L. 11. C. de fideicomm. (6. 42.).

[*o*] F. v. Lochner Unters. d. Fr. kann eine, mit Einwilligung aller Interessenten geschehene Veräufserung eines Fideic. von den, nach der Veräufserung gebohrnen Kindern angefochten werden? Bamberg 795. 8. A. M. ist Hellfeld iur. for. §. 1587.

[*p*] L. 114. §. 14. de leg. 1. (30.).

[*q*] L. 22. §. 3. h. t. (36. 1.).

[*r*] L. 70. §. ult. L. 71. L. 72. de leg. 2. (31.).

[*s*] L. 22. §. 4. eod. Nov. 39. c. 1.

[*t*] Nov. 108. c. 1. Besonders I. A. Reichardt de fideicomm. eius quod superfuturum erit. Ien. 1785.

§. 777.

2) Pflichten des Fideicommissars.

Der Fideicommissar ist dagegen verpflichtet, 1) dem Fiduciar alle Auslagen zu erstatten, welche dieser aufserordentlich auf die Substanz der restituirten Masse, und zur Bezahlung der Schulden der Erbschaft aufwandte [u], so wie die Unkosten der erzwungenen Erbschaftsantretung [x]. Er mufs ferner 2) dem Fiduciar dessen Foderungen an den Erblasser bezahlen, so weit sie nicht durch Gegenfoderungen aufgehoben werden [y]; auch 3) den Zufall tragen [z], und 4) dem Fiduciar wegen der Eviction der, demselben zugetheilten einzelnen Sachen, so wie wegen der Eviction der, von ihm veräufserten Sachen, Caution leisten [a]. Endlich mufs er sich 5) in der Regel gefallen lassen, dafs ihm der Fiduciar, wenn dieser zu sehr beschwert ist, eine sogenannte *Quarta Pegasiana* oder *Falcidia*, welche jetzt *Trebelliana* heifst, abziehe [b].

§. 778.

Q. Trebelliana.

Der Abzug und die Berechnung der Trebelliana [c] geschieht nach folgenden Regeln: A) nur der directe, mit einem Fideicommifs beschwerte Erbe kann verlangen, ein Viertheil frey zu behalten, nicht der, mit einem Fideicommifs beschwerte Fideicommissar [d]; doch zieht dieser im Zweifel verhältnifsmäfsig ab, was ihm abgezogen [e], und alles, was ihm beym Abzuge geschenkt ward [f]. B) Der Abzug geschieht von der ganzen Masse, ausgenommen

[u] L. 40. §. 1. de condict. indeb. (12. 6.) L. 58. de leg. 1. (30.) L. 19. §. ult. L. 22. §. 3. h. t. (36. 1.).

[x] L. 7. L. 11. pr. eod.

[y] L. 123. pr. de leg. 1. (30.) L. 27. §. 11. h. t. (36. 1.). Lauterbach de confusione, §. 12. 13.

[z] L. 58. §. 6. eod. L. 77. §. 18. de legat. 2. (31.).

[a] L. 69. L. 72. h. t. (36. 1.).

[b] Tit. I. de fideic. hered. (2. 23.).

[c] Ueber die verschiedenen Meynungen in dieser bestrittenen Lehre s. Höpfners Comment. §. 614. Bolley Vers. über L. 91. ad L. Falc. und die damit in Verbindung stehenden Gesetze (im jurid. Archiv. Tübing. 1803. 3. B. 1. Hft.).

[d] §. 7. I. h. t. (2. 23.) L. 22. §. ult. h. t. (36. 1.).

[e] L. 32. §. 4. ad L. Falc. (35. 2.).

[f] L. 1. §. 19. h. t. (36. 1.). Noch eine Ausnahme macht Hellfeld iur. for. §. 1593. a. E. allein gerade wider L. 55. §. 2. eod.

wenn ihm die Rückhaltung einer einzelnen Sache erlaubt ist, welche ein Viertheil ausmacht [g], wenn er schon durch die, zu berechnenden Früchte so viel gewonnen hat, oder durch Veräufserung [h]. C) In die Trebelliana sind in der Regel alle Sachen einzurechnen, welche der Fiduciar *titulo universali* und *singulari* erhalten hat, also auch die Früchte, und alles, dessen Rückhaltung ihm der Erblasser erlaubte [i]. Ausgenommen sind a) die von einem Viertheil, oder durch Schuld des Fideicommissars gewonnenen Früchte [k]; b) die, ihm von Miterben gezahlten Prälegate [l]; und c) alles, was er von einem Legatar als Erfüllung einer Bedingung erhielt [m]. D) Der Abzug fällt weg a) bey dem militärischen Testament [n]; b) zur Strafe, wenn der Fiduciar zur Antretung gezwungen wird [o], kein Inventar errichtet [p], oder sich durch Betrug unwürdig macht [q]. c) Wenn er ausdrücklich oder stillschweigend dem Abzuge entsagt [r] oder d der Erblasser den Abzug verbot [s]. Viele nehmen auch noch milde Stiftungen aus [t]. E) Nach kanonischem Recht können Notherben in allen Fällen, aufser der Trebelliana, noch einen Pflichttheil abziehen, und der Abzug des letzten, welcher dann stets von der Substanz der Güter zu nehmen ist, kann ihnen vom Erblasser nicht verboten werden, wohl aber der ersten, in welche aber, wenn sie abgezogen wird, alles vorhin Genannte zu rechnen ist [u].

[g] §. 9. I. h. t. (2. 23.).

[h] L. 3. §. 3. h. t. (36. 1.).

[i] L. 86. L. 91. ad L. Falc. (35. 2.) L. 1. §. 16. L. 30. §. 3. h. t. (36. 1.) §. 9. I. h. t. (2. 23.).

[k] L. 22. §. 1. 2. h. t. (36. 1.).

[l] L. 86. ad Leg. Falc. (35. 2.).

[m] L. 91. eod.

[n] L. 3. §. 1. h. t. (36. 1.).

[o] §. 7. I. h. t. (2. 23.) L. 4. h. t. (36. 1.).

[p] S. oben §. 726. not. i.

[q] S. oben §. 766. not. f. §. 769. not. m.

[r] S. oben §. 766. not. h. i. k. und L. 45. h. t. (36. 1.).

[s] Nov. 1. c. 2. §. 2.

[t] Malblank princ. §. 768. a. E.

[u] L. 6. pr. C. h. t. (6. 49.) cap. 16. 18. X. de testament. (3. 26.) G L. Boehmer de liberis fideic onerat. (elect. T. 1.). I. G. Bauer opusc. T 1. n. 13. I P. Heisler v. d. Wirk. d. stillschw. Codic Clausel, in dessen Abh. §. 14—16. Pufendorf T. 2. Obs. 83 Müller ad Leyser Obs. 633 635. A M. ist Faber error. pragm. Dec. 11. er. 5. 7.

§. 779.

3) Verhältnifs beider zu einem Dritten.

Vor Restitution des Fideicommisses bleibt natürlich der Fiduciar mit dritten Personen ganz in dem Verhältnifs eines Erben, und der Fideicommissar aufser allem Verkehr. Die Restitution begründet aber ein ganz neues Verhältnifs. Ursprünglich behandelte man den Fideicommissar als *legatarius partiarius* (§. 753.). Späterhin schrieb das *SCt. Trebellianum* vor, der Fiduciar solle in eben der Maafse die Lasten der Masse auf den Fideicommissar übertragen, als er die Erbschaft restituire. Das *SCt. Pegasianum* erlaubte dem Fiduciar sogar den Abzug eines Viertheils wider den Willen des Erblassers, aber unter der Einschränkung, dafs dann der Fideicommissar nur als *legatarius partiarius* zu behandeln sey. Endlich machte Justinian die Vorschrift des *SCti Trebelliani* zur unbedingten Regel [*x*]. Hienach mufs nun also der Fideicommissar, je nachdem ihm das Ganze (wohin auch der Fall gehört, wenn der Fiduciar nur einzelne Sachen zurückbehält [*y*]), oder ein Theil restituirt ist, die Erbschaftslasten ganz oder zum Theil über sich nehmen. Die Legate zahlt er zwar stets nur so weit, als die Activa der Masse reichen [*z*]. Die Schulden mufs er aber, wenn die Erbschaft ohne Inventar angetreten ist, selbst mit seinem eignen Vermögen decken [*a*], und die Creditoren können keinen subsidiarischen Regrefs gegen den Fiduciar nehmen [*b*]. Umgekehrt hat aber auch der Fideicommissar *utiliter* auf seinen Theil activ die Erbschaftsklagen [*c*]. Bey Successiv-Fideicommissen gilt eben dasselbe [*d*]. Restituirt aber Jemand mehr, als ihm zu restituiren auferlegt ist, so transferirt er wegen dieses Mehreren, selbst wenn es ein idealer Theil ist, die Erbschaftsklagen nicht auf den Fideicommissar, und bleibt den Gläubigern wegen dieses Theils nach wie vor verhaftet [*e*].

[*x*] §. 1—7. I. de fideic. hered. (2. 23.).

[*y*] §. 9. I. l. c.

[*z*] L. 1. §. 17. h. t. (36. 1.). G. L. Boehmer de legatis ex fideic. praestandis. (Elect. T. 1. n. 7.).

[*a*] L. 2. C. ad SCt. Treb. (6. 49.) L. 4. L. 45. D. eod. (36. 1.). A. M. ist mit mehreren Weber in den Anmerk. zu Höpfners Comm. §. 602. not. *.

[*b*] §. 7. in fin. I. l. c. A. M. ist Voet L. 36. T. 1. §. 60.

[*c*] L. 63. §. 1. L. 70. pr. h. t. (36. 1.). Faber Err. pragm. Dec. 65. E. 9.

[*d*] L. 1. §. 8. eod.

[*e*] L. 63. §. 3. eod.

Dritte Unterabtheilung.

Gemeinschaftliche Grundsätze über Legate und Fideicommisse.

§. 780.

I) Delation derselben. Codicille. Arten.

Zu den, den Legaten und Fideicommissen gemeinschaftlichen Grundsätzen gehört zuerst die Lehre von der Delation derselben. Diese kann nach Römischem Recht geschehen nicht allein durch Gesetze [*] und ein Testament [f], sondern auch durch andre Dispositionen auf den Todesfall, welche nicht die Einsetzung eines directen Erben enthalten. Dispositionen der letzten Art heifsen Codicille [g], und können sowohl an den Intestat-, als Testaments-Erben gerichtet werden (*codicilli ab intestato*, und *ad testamentum facti*). Sind sie im letzten Fall im Testament rückwärts, oder für die Zukunft bestätigt, so heifsen sie *codicilli confirmati*, ohne diefs *non confirmati* [h].

§. 781.

Deren Natur.

Der Unterschied zwischen diesen bestätigten und unbestätigten testamentarischen Codicillen, welchen letzten die Intestat-Codicille gleich sind, liegt besonders darin, dafs in jenen, nicht aber in diesen, alles geschehen kann, was man nur in einem Testament verordnen darf, directe Erbeneinsetzungen, und Enterbungen ausgenommen. Darum konnten denn ehemals nur in den bestätigten Codicillen Legate errichtet, und Vormünder ernannt werden [i]. Seitdem die Legate den Fideicommissen gleichgesetzt sind, dürfen nun auch freilich Legate in unbestätigten Codicillen errichtet werden, der zweyte Unterschied in Betreff der Tutoren

[*] Einen Fall s. §. 689. not. b.

[f] §. ult. I. de fideic. hered. (2. 23.).

[g] Ueber die Geschichte: Tit. I. de codic. (2. 25.). Gasser de fideic. et codicillor. orig. Hal. 1731. Ueberhaupt: Duarenus de iure codicillor. (in op.). I. Dunius de veteri et novo iure codicillorum, et de solenni quinque testium numero in codicillis test. confirm. Rom. 1752. Zepper Tr. de codicillis.

[h] G. L. Boehmer de quatuor modis conficiendi codicillos (Elect. T. 1. n. 8.).

[i] L. 3. de testamentar. tut. (26. 2.) L. 1. §. 1. de confirmand. tutor. (26. 3.) L. 43. de manumissis testam. (40. 4.). Caii Inst. L. 2. T. 8. §. 8.

bleibt aber nach wie vor [*k*]. Im Uebrigen stimmen alle Codicille darin überein, daſs Niemandem in denselben ein Erbrecht gegeben, oder genommen, also auch keiner testamentarischen Einsetzung eine Bedingung hinzugefügt, auch darin kein ungültiges Testament bestätigt werden kann [*l*]. Doch erhält man eine, darin befindliche Pupillar-Substitution, und die bestätigte Einsetzung eines ungültigen Testaments als Fideicommiſs aufrecht [*m*]; auch wird die Erklärung des Codicillanten, daſs er einen, im Testament eingesetzten Erben für unwürdig halte, zum Vortheil des Fiscus benutzt [*n*]. Die Angabe des Namens des Erben, nach einem vorgängigen mystischen Testament, ist in Codicillen erlaubt [*o*], so wie die Bestimmung der Erbtheile, und die Aufklärung und Bestimmung dessen, was im Testament dunkel und unbestimmt gelassen ist [*p*]. Die testamentarischen Codicille, sie seyen bestätigt, oder nicht, unterscheiden sich dadurch von den Intestat-Codicillen, daſs sie mit dem Testament stehen, fallen, und wieder aufleben [*q*].

§. 782.

Fortsetzung. Jeder, welcher testiren darf [*r*], kann ein Codicill errichten [*s*], selbst mehrere Codicille zugleich, wiewohl der gerade Widerstreit des letzten Codicills das Entgegenstehende des älteren aufhebt [*t*]. Alle Beschränkungen, welchen sich der Erblasser in Beziehung auf künftige Codicille in einem letzten Willen unterwirft, sind, sobald er seinen Sinn ändert, als nicht vorhanden anzusehen [*u*].

§. 783.

Form. Codicille können sowohl schriftlich als mündlich errichtet werden [*x*], und zwar auf folgen-

[*k*] G. L. Boehmer l. c. §. 6. 7. 10.

[*l*] §. 2. I. h. t. (2. 25.) L. 10. eod. (29. 7.).

[*m*] L. 2. §. 4. eod. L. 76. ad SCt. Treb. (36. 1.).

[*n*] L. 4. C. de his quae ut indignis (6. 35.). Müller ad Leyser Obs. 612.

[*o*] S. oben §. 695.

[*p*] L. 36. L. 77. de hered. inst. (28. 5.) L. 21. §. 1. qui test. fac. poss. (28. 1.).

[*q*] L. 3. §. 2. L. 8. §. 3. L. 16. h. t. (29. 7.).

[*r*] S. darüber unten §. 797.

[*s*] §. 3. I. de codic. (2. 25.) L. 9. eod. (29. 7.).

[*t*] §. 3. I. L. 6. §. 1. D. l. c. L. 3. C. h. t. (6. 36.).

[*u*] L. 6. §. 2. D. eod.

[*x*] L. 13. C. de SS. eccl. (1.

de Art: I) durch eine blofs mündliche, an den Erben gerichtete Auflage, Legate und Fideicommisse auszuzahlen, wobey ein Gegenversprechen des Erben, Folge leisten zu wollen, nicht nöthig ist [y]. Läugnet der Erbe die Auflage, oder ist die Quantität streitig, so können die Interessenten sich des Eidesantrages, und der übrigen ordentlichen Beweismittel bedienen [z]. II) Durch eine andre einseitige Erklärung. In diesem Fall können die Codicille entweder 1) öffentlich errichtet werden. Dann gilt natürlich alles, was oben von öffentlichen Testamenten gesagt ist [a]; oder 2) privatim. Im letzten Fall müssen A) in der Regel fünf, dazu aufgefoderte, und zwar männliche [b] Zeugen zugezogen werden, welche bey schriftlichen Codicillen blofs zu unterzeichnen haben [c]. Das Untersiegeln ist hier so wenig nöthig, als das Schreiben, oder Unterschreiben des Codicillanten [d]. Wohl aber mufs die Einheit der Handlung beobachtet werden [e]. Ohne Grund ist es, wenn Viele bey schriftlichen Codicillen eines Blinden noch einen sechsten [f], bey bestätigten Codicillen aber nur so viel Zeugen verlangen, als zum Beweise nöthig sind, indem auch hier fünf Zeugen zugezogen werden müssen [g]. Sind unter den Zeugen Legatare,

2.) L. ult. §. ult. C. h. t. (6. 36.) L. 3. C. de bonis libert. (6. 4.). Dunius l. c. cap. 1. §. 4. A. M. ist Faber err. pragm. Dec. 69. E. 9.

[y] §. ult. I. h. t. (2. 25.) L. ult. C. de fideic. (6. 42.). F. I. Harprecht Tr. acad. de success. Vol. 1. n. 1. (auch in dessen Diss. acad. V. 2. n. 51.). A. Kaestner de fideicommisso nutu relicto. Lips. 1737.

[z] Wernher P. 3. Obs. 2. Pufendorf T. 4. Obs. 112. Müller ad Leyser Obs. 626. L. L. G. Süptitz über d. Beweis eines dem Fiduciar vom Testirer mündlich auferlegten Fideicommisses. Braunschw. u. Helmst. 1804.

[a] Hofacker T. 2. §. 1570.

[b] Spangenberg de muliere ob test. solenn. testimon. ferundi in codicill. experte. Goett. 1770. A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 590.

[c] L. 28. §. 1. C. de testam. (6. 23.) Not. Ord. v. 1512. §. 42.

[d] L. 6. §. 2. h. t. (29. 7.). Lauterbach coll. eod. §. 6.

[e] L. ult. §. 3. C. h. t. (6. 36.).

[f] Lauterbach l. c. §. 8.

[g] L. 8. §. 3. C. l. c. Dunius l. c. p. 148. fgg. E. C. Westphal Abh. v. d. Rechtskr. d. Codicille, welche in einem Test. best. sind. Hal. 1778. §. 21. fgg. A. M. sind: I. H. Boehmer de codicillis absque testib. validis (Exerc. T. 5.). G. L. Boehmer in praef. ad T. 5. exerc. §. 14. fgg. G. H. Lehr Erört. d. Fr. ob bey den im Test. bestätigten Codicillen Zeugen nöthig sind? Darmst. 1791.

oder Fideicommissare, so sind die Codicille weder absolut gültig, noch absolut ungültig, sondern das letzte nur insofern, als der Zeuge zu seinem Vortheil aussagt [h]. B) Diese, in der Regel stattfindenden Solennitäten brauchen ausnahmsweise dann nicht beobachtet zu werden, wenn der Codicillant in der Lage ist, ein privilegirtes Testament errichten zu dürfen [i], jedoch natürlich nur insofern, als die Solennien des privilegirten Testaments geringer sind, als die Solennien eines gemeinen Privat-Codicills.

§. 784.

Codicillar-Clausel.

Ein Testament kann die Erfodernisse eines Codicills, nicht aber die, eines Testaments haben. Ist diefs, so kann man es durch die sogenannte Codicillar-Clausel als Codicill erhalten [k], wenn man hinzusetzt, es solle, wenn es nicht als Testament gelten könne, auf jede andre mögliche Art erhalten werden [l]. Von selbst versteht sich diese Clausel nicht [m], und ist also auch ungültig, wenn sie ohne des Erblassers Willen hinzugefügt ist [n]; doch wird sie im militärischen Testament [o], in einem gewissen Fall zu Gunsten der Freyheit [p], und in allen Testamenten, worin übergangene Intestat-Erben eingesetzt werden, subintelligirt [q].

§. 785.

Deren Erfodernisse.

Damit die Clausel das Testament als Codicill erhalte, mufs diefs wenigstens die Er-

[h] Titius ius priv. L. 7. c. 3. §. 31. Ueber die Ideen Andrer s. Müller ad Leyser Obs. 588.

[i] L. 8. §. 4. h. t. (29. 7.).

[k] Chiffletus de fideicommiss. L. 3. c. 1 — 14. S. Stryk de clausula codicillari. Frkf. 1670. Turretius de effectu clausulae codic. Colon. 1620.

[l] L. 41. §. 3. de vulg. et pup. subst. (28. 6.) L. penult. §. ult. de leg. 2. (31.).

[m] L. 1. L. 13. §. 1. h. t. (29. 7.) L. 8. C. eod. (6. 36.). H. G. Schorch D. qua clausul. cod. praesumtam non dari ostenditur. Erf. 1763. A. M. sind C. A. Tittel opusc. de claus. codic. subintellecta. Ien. 1759. Heisler v. d. Wirkung d. stillschw. Codicillar-Clausel (in dessen jur. Abh. 1. B.).

[n] Richter P. 1. Dec. 69. A. M. ist Walch ius contr. p. 341. 342.

[o] L. 3. de testam. milit. (29. 1.).

[p] L. 38. de fideic. libert. (40. 5.).

[q] S. oben §. 712.

fodernisse eines Codicills haben und behalten. Fehlen diese, z. B. wenn das Testament *irritum* (§. 824.), oder durch Willensänderung ganz aufgehoben wird [*r*], oder der Erblasser zur Errichtung eines letzten Willens überhaupt unfähig war, so bleibt die Clausel ohne Wirkung [*s*]. Darum kann denn auch ein pflichtwidriges Testament (§. 818.), wenn und insoweit man noch ein solches annimt, wegen des rechtlich vermutheten Wahnsinns des Erblassers nicht dadurch erhalten werden [*t*], wohl aber ein, durch Ausschlagung der Erbschaft nichtig gewordenes [*u*], oder ein, wegen unförmlicher Uebergehung eines Notherben ungültiges Testament [*x*]; doch fodern die mehrsten, daſs der jetzige, oder künftige Notherbe wissentlich übergangen sey [*y*].

§. 786.

und Wirkungen.

Ist dem Testament die Clausel beygefügt, so muſs der, welcher sich daraus Rechte zuschreibt, wählen, ob er es als Testament, oder als Codicill anerkannt wissen will. Die Wahl kann dann nicht weiter geändert werden, ausgenommen von gewissen, dem Erblasser nahe verbundenen Personen [*z*]. Wird es vermöge der Clausel in einen Codicill verwandelt, so bestehen die Wirkungen darin, daſs der Intestat-Erbe die Erbschaft antrit, die Legate und Fideicommisse bezahlt, und sich mit den eingesetzten Erben als Fideicommissaren abfindet, wobey ihm denn im Zweifel der Abzug der *Q. Falcidia* und *Trebelliana*, und dem Notherben noch der besondere Abzug eines Pflichttheils [*a*], frey bleibt [*b*]. Eben so wird denn auch eine, von der Mutter, oder vom Vater über die Jahre der Unmündig-

[*r*] L. 5. de iure codic. (29. 7.).

[*s*] Turretus l. c. §. 46. Carpzov P. 3. C. 4. Def. 39.

[*t*] L. 13. de inoffic. test. (5. 2.) L. 36. de leg. 3. (32.). Das Gegentheil behaupten jetzt auch viele Vertheidiger der gemeinen Theorie über testamenta inofficiosa. Hofacker T. 2. §. 1577.

[*u*] Seeger de clausula codic. test. destituto adiecta.

[*x*] Huber prael. L. 29. T. 7. §. 5. Heisler a. a. O. §. 14.

[*y*] Nach Analogie der Uebergehung im militärischen Testament (§. 706.) läſst sich dieſs wohl vertheidigen. Hellfeld de effect. clauss. codic. testamento rupto adiectae, c. 3. (op. T. 1.). L. C. Henne de vi et effectu claus. codic. testam. quae ex postfacto infirmantur adiectae., Erf. 1773.

[*z*] L. 8. pr. §. 2. C. h. t. (6. 36.).

[*a*] S. oben §. 779. a. E.

[*b*] Stryk l. c. n. 54. fgg.

keit angeordnete Pupillar-Substitution in Rücksicht des, dem Kinde vom Erblasser zugewandten Vermögens als Fideicommiſs erhalten [*c*].

§. 787.

II) Cautionen. 1) Des Beschwerten.

Ein zweyter Punct, worin Legate und Fideicommisse übereintreffen, besteht darin, daſs der Beschwerte in manchen Fällen dem Honorirten, und umgekehrt dieser jenem, eine Caution bestellen muſs [*d*]. Jeder nämlich, welcher mit einem künftig auszuzahlenden [*e*], selbst in Rücksicht seiner Existenz, zwar wahrscheinlichen, aber doch streitigen [*f*] Vermächtniſs beschwert ist, kann von dem Honorirten, oder mehreren Honorirten [*g*], selbst von mehreren, welche sich wechselseitig ihr Recht streitig machen [*h*], nach angetretener Erbschaft [*i*] angehalten werden, eine, der Gröſse des Legats gleiche [*k*] Caution durch Bürgen zu bestellen [*l*]. Städtische Gemeinheiten caviren jedoch nur durch ein bloſses Versprechen [*m*], und der Vater seinen emancipirten Kindern nur durch Pfänder [*n*]. Die Pflicht zur Cautions-Leistung fällt jedoch weg, A) wenn der Honorirte die Caution erläſst [*o*], oder B) der Erblasser sie ausdrücklich oder stillschweigend [*p*] auf eine erlaubte Art erlassen hat [*q*], in welchem letzten Fall sie auch dann nicht gefodert werden kann, wenn der Beschwerte nachher unsicher wird [*r*]. C) Bey dem *legato liberationis* [*s*], und D) wenn der Honorirte eine willkühr-

[*c*] Carpzov P. 3. C. 18. Def. 17. 19.

[*d*] Ueberhaupt: I. G. Siegel de cautione fideicommissor. nomine praestanda. Lips. 1728. I. F. Schneider de cautione legatorum servandorum caussa praestanda. Lips. 1732. Westphal v. Vermächtnissen. 2. B. §. 915—1034. §. 1324—1328. §. 1521—1549.

[*e*] L. 1. pr. §. 8. L. 5. §. 1. L. 14. L. 15. ut legator. caussa cav. (36. 3.).

[*f*] L. 3. pr. L. 5. §. 2. L. 14. §. 1. eod.

[*g*] L. 1. §. 17. eod. L. 9. §. 1. ut in poss. leg. (36. 4.).

[*h*] L. 16. eod.

[*i*] L. 2. eod.

[*k*] L. 6. pr. eod.

[*l*] L. 3. §. 3. eod.

[*m*] L. 6. §. 1. eod.

[*n*] L. 7. eod.

[*o*] L. 1. §. 9. 10. eod.

[*p*] L. 77. §. 3. de cond. et demonstr. (35. 1.).

[*q*] L. 2. C. ut in poss. legat. (6. 54.) L. 2. C. de condit. insert. (6. 46.).

[*r*] L. 18. pr. h. t. (36. 3.).

[*s*] L. 1. §. 2. ut in poss. leg. (36. 4.).

liche Bedingung zu erfüllen hat, um sofort die Ablieferung verlangen zu können [*t*]. Endlich ist sie E) dem Fiscus [*u*], und F) den Aeltern erlassen, ausgenommen, wenn sie zur zweyten Ehe schreiten, oder der Erblasser ihnen die Bestellung der Caution aufgelegt hat [*x*].

§. 788.

Inmissio legat. servandorum caussa.

Verweigert der, welcher zur Caution gehalten ist, die Bestellung derselben, oder ist er abwesend [*y*], so wird, jedoch nicht gegen das ungeborne Kind [*z*], der Honorirte auf Verlangen in alle körperlichen und unkörperlichen Erbschaftsgüter, welche dem Beschwerten zugefallen sind, inmittirt (*inmissio legatorum servandorum caussa*) [*a*]. Der Inmittirte erhält dadurch einen Mitbesitz [*b*], die Mitverwaltung [*c*], und ein Pfandrecht [*d*], welches ihm durch keine Veräuſserung genommen werden darf [*e*]. Dagegen darf er aber auch selbst nichts veräuſsern, wiewohl er sich, wenn die Zeit der Ablieferung da ist, aus den Früchten bezahlt machen [*f*], und als Wittwe, oder Kind des Erblassers die Alimente nehmen kann [*g*]. Wird ungeachtet dieses Zwangs sechs Monate die Bestellung der Caution widerspännstig verzögert, so erfolgt nun die Einweisung in die eignen Güter des Erben [*h*].

§. 789.

2) Des Honorirten.

Auf der andern Seite sind aber auch Legatare und Fideicommissare [*i*] verpflichtet, einem Jeden, welcher zu ihrem Vortheil beschwert ist [*k*], wegen der Rückzahlung des Empfangenen Caution zu leisten, wenn dieſs wegen der Schulden, der *Quarta Falcidia* und *Trebelliana*, oder einer Bedingung nöthig werden sollte [*l*]. Wo es möglich ist, muſs die Caution

[*t*] L. 1. §. 11. h. t. (36. 3.).

[*u*] L. 1. §. 18. eod.

[*x*] L. 6. §. 1. C. ad SCt. Trebell. (6. 49.).

[*y*] L. 114. §. 12. de legat. 1. (30.) L. 1. §. 1. L. 5. §. 11. 13. 14. 28. ut in poss. legat. (36. 4.).

[*z*] L. 7. eod.

[*a*] L. 5. §. 5. 12. L. 8. eod. L. 6. C. eod. (6. 54.).

[*b*] L. 5. pr. D. eod.

[*c*] L. 5. §. 22. eod.

[*d*] L. 5. C. eod. (6. 54.).

[*e*] L. 3. C. eod.

[*f*] L. 5. §. 21. D. eod.

[*g*] L. 14. eod.

[*h*] L. 5. §. 16. 19. 20. eod.

[*i*] L. 1. §. 5. 13. si cui plus (35. 3.).

[*k*] L. 1. §. 13. 14. L. 5. eod.

[*l*] L. 1. pr. §. 7. 8. 12. eod.

durch Bürgen, sonst aber durch Pfänder, oder einen Eid bestellt werden [m], und zwar selbst nach der Auszahlung [n]. Bey dem Legat der Alimente fällt sie weg [o]; auch ist der Fiscus davon frey [p], so wie jeder, welcher nur Vermächtnisse an Andre zu vertheilen hat [q].

§. 790.

III) Quando dies cedit? Auch in Ansehung der beiden Fragen: wann erwirbt man ein Recht auf ein Vermächtnifs, so, dafs es auf die Erben des Honorirten übergeht, wenn es überhaupt transmissibel ist (*quando dies cedit*)? und: wann kann das Vermächtnifs gefodert werden (*quando dies venit*)? stimmen Legate und Fideicommisse im Ganzen mit einander überein. In Betreff der ersten Frage unterscheide man: I) auf Vermächtnisse, welche auf die Erben übergehen können, erhält der Honorirte, wenn sie unbedingt sind, sofort im Augenblick des Todes des Erblassers ein Recht [r]; auf die nicht-transmissibeln erst im Augenblick der angetretenen Erbschaft [s]. II) Ist ein Vermächtnifs bedingt, und die Bedingung existirt vor des Erblassers Tode, so ist es natürlich dem unbedingten gleich. Sonst aber erhält der Honorirte erst durch deren wirkliche, oder juristisch angenommene Existenz ein Recht [t]. Als unbedingt in Rücksicht der Transmission wird jedoch ein, dem Regenten hinterlassenes [u], und jedes andre Vermächtnifs angesehen, welches zugleich von der, dem Erben gemachten Bedingung abhängig gemacht ist [x]. III) Ist ein Vermächtnifs unter Zeitbestimmungen hinterlassen, und zwar 1) von einem, in aller Rücksicht gewissen Tage, so gilt es dem unbedingten gleich; doch erhält der Honorirte, wenn das Vermächtnifs nicht transmissibel ist, das Recht erst dann, wenn der Tag existirt [y]. Ist aber 2) der Tag in An-

[m] L. 3. §. 1. L. 6. eod.

[n] L. 3. §. 10. eod.

[o] L. 3. §. 4. eod.

[p] L. 3. §. 5. eod.

[q] L. 7. eod.

[r] L. 5 §. 1. quando dies legati (36. 2.). Ueberhaupt: Maiansii Diss. n. 33. Averan interpr. L. 4. c. 5—8. I. H. Boehmer de different. legat. puror. et non puror. (Exerc. T. 5.).

[s] L. 2. 3. eod.

[t] L. 5. §. 2. eod.

[u] L. 56. 57. de leg. 2. (31.).

[x] L. 21. §. 1. quando dies legati (36. 2.).

[y] L. 5. §. 1. L. 21. eod.

sehung der Frage: wann er existiren? oder ob der Honorirte ihn erleben wird? oder in beider Rücksicht ungewifs: so ist es als bedingtes zu behandeln [z]; nur mufs natürlich der Tag auf das Legat selbst, nicht aber blofs auf die Zahlungszeit bezogen seyn, in welchem Fall es unbedingt ist [a]. Zu Gunsten der Freyheit [b], und des Legats der Alimente finden jedoch Ausnahmen statt [c]. Auch wird ein Legat, welchem der ungewisse Tag zum Vortheil des Honorirten hinzugefügt [d], oder wobey es gewifs ist, dafs der Honorirte den Tag nicht erleben kann, in Rücksicht der Transmission als unbedingt behandelt [e]. Ist Jemandem ein Legat in gewissen Terminen (z. B. *legatum annuum*) gegeben, so sind die Gefälle des ersten Termins als unbedingtes, die der folgenden als bedingtes Vermächtnifs zu behandeln [f]. Ist aber ein Ganzes gegeben, und sind nur die Zahlungs-Fristen getheilt, so ist das Legat an sich unbedingt [g].

§. 791.

et quando venit? Die zweyte Frage ist dahin zu beantworten: so lange der Honorirte noch kein Recht hat, oder der gewisse Tag noch nicht eingetreten ist, so lange kann das Legat nicht gefodert werden. Sind jene Zeitpuncte gekommen, so ist die Einfoderung erlaubt, aber doch nicht eher, als nach angetretener Erbschaft [h]. Ist die Zahlungszeit der Willkühr des Beschwerten überlassen, so kann erst der Erbe desselben belangt werden [i]. Dagegen mufs der Vater ein, nach einer Zeit zu zahlendes Fideicommifs, wenn er es arglistig verdirbt, sofort dem Sohn ausliefern [k].

[z] L. 4. pr. L. 13. eod. L. 75. de cond. et dem. (35. 1.).

[a] L. 46. ad SCt. Treb. (36. 1.). Westphal v. Verm. 2. B. §. 1851. Sande Dec. L. 4. T. 4. Dec. 7.

[b] L. 23. §. 3. L. 41. §. 10. de fideic. libert. (40. 5.) L. 16. de manum. testam. (40. 4.).

[c] L. 18. §. 2. de alim. legat. (34. 1.) L. 1. C. de legat. (6. 37.).

[d] L. 62. §. 1. ad SCt. Treb. (36. 1.) L. 26. §. 1. h. t. (36. 2.).

[e] L. 4. §. 1. ibid. L. 79. de cond. et demonstr. (35. 1.).

[f] L. 4. de annuis legatis (33. 1.).

[g] L. 5. eod. L. 12. §. 4. L. 20. h. t. (36. 2.).

[h] L. 7. pr. h. t. (36. 2.) L. 41. §. 14. de legat. 3. (32.).

[i] L. 41. §. 13. eod.

[k] L. 50. ad SCt. Treb. (36. 1.).

Drittes Capitel.

Gemeinschaftliche Grundsätze über Erbschaften, Legate und Fideicommisse.

Erste Unterabtheilung.

Ueber die Successionsfähigkeit.

§. 792.

Einleitung. Erbschaften, Legate und Fideicommisse stimmen in mehreren wesentlichen Puncten mit einander überein, obgleich sie in Ansehung der Hauptpuncte, worin sie zusammentreffen, auch wieder in manchen Nebenstücken von einander abweichen. Um die Darstellung zu vereinfachen, mufs hier diefs alles vereint zusammengefafst werden, und der Verständlichkeit wegen den bisher abgehandelten besondern Theilen nicht vorhergehen, sondern folgen. Es gehört hieher zuvörderst die Lehre von den erbfähigen Personen.

§. 793.

Wer ist unfähig? In der Regel sind alle Personen erbfähig, selbst ungewisse Personen, sofern sie nur bey der Succession ausgemittelt werden können [l]. Auch erlaubte Collegien (§. 219.) sind jetzt erbfähig [m]. Dagegen sind nicht erbfähig: I) absolut, 1) eigne Sklaven des Erblassers, sofern sie Sklaven bleiben [n]. 2) Alle Nichtbürger [o], welches jetzt wegfällt [p]. 3) Söhne der Hochverräther. Die Töchter können von der Mutter einen Pflichttheil erhalten [q]. 4) Unerlaubte Gemeinheiten [r]. 5) Die Judenschaft [s], so wie Abtrün-

[l] §. 27. I. de legat. (2. 20.) L. 24. C. de episc. et cleric. (1. 3.). Strauch de personis incertis, cap. 4. Pufendorf T. 4. Obs. 77. Rau D. hist. iur. civil. de person incert. Lips. 1784. Hübner Disp. iur. civ. L. 1. c. 7. S. auch überh. Trekel de orig. testamenti fact. §. 66—68.

[m] L. 1. §. 15 ad SCt Treb. (36. 1.) L. 12. C. de hered. inst. (6. 24.). Gundling D. de principe herede, cap. 3. M. D. Grolmann de legato collegio relicto. Giess. 1719.

[n] pr. I. de hered. inst. (2. 14.) L. penult. C. de serv. hered. necess. instit. (6. 27.). Hübner l. c. cap. 8.

[o] L. 6. §. 2. de hered. inst. (28. 5.).

[p] Runde D. Priv. R. §. 322.

[q] L. 5. §. 1. 3. C. ad L. Iul. Mai. (9. 8.).

[r] L. 8. C. de hered. inst. (6. 24.).

[s] L. 1. C. de iudaeis (1. 9.).

nige und Ketzer [t]. II) In gewisser Rücksicht sind unfähig, 1) incestuose Kinder, insofern sie von ihren Aeltern eingesetzt werden, und umgekehrt [u]. 2) Concubinen-Kinder. Denn diese können vom Vater, sofern eheliche Kinder da sind, nicht mehr als ein Zwölftheil erhalten [x], er möchte ihnen denn eine insolvente Erbschaft hinterlassen [y]. 3) Testamentszeugen [z]. 4) Der zweyte Ehegatte, unter den, oben (§. 393. n. c.) angegebenen Beschränkungen.

§. 794.

Insbesondere posthumi.

Ehemals durften auch *posthumi*, als ungewisse Personen nicht eingesetzt werden [a]. Im eigentlichen Sinn heifsen *posthumi* alle Kinder, welche nach dem Tode einer Person zur Welt kommen [b]; im Allgemeinen aber alle, welche durch Geburt, Adoption, Legitimation, oder Wegfallen einer Mittelperson mit Jemandem in Kindesverhältnisse kommen, wodurch ein nothwendiges Erbrecht begründet wird [c]. Kommen sie mit dem Testator in diefs Verhältnifs, so heifsen sie *posthumi sui;* sonst *alieni* [d]. Die Unzulässigkeit der Einsetzung derselben ward aber schon vor Justinian sehr beschränkt. Zuerst gestattete die Praxis die Einsetzung eines eigentlichen *posthumi sui* [e], welches allmählig unter der Auctorität verschiedener Juristen auch bey den andern Arten der *suorum* angenommen ward, daher die *posthumi Aquiliani* [f], *Velleiani* [g], *Salviani* [h],

[t] L. 3. C. de apostat. (1. 7.) L. 4. 5. C. de haeret. (1. 5.).

[u] L. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.) et Auth. Ex complexu C. eod.

[x] L. 12. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 89. c. 12.

[y] L. 72. de hered. inst. (28. 5.).

[z] S. oben §. 692.

[a] S. überh. A. Faber coniectur. L. 9. c. 2. 3. 4. 6. 8. 13. 17. 18. I. Finestres praelect. cervariens. ad Tit. D. de lib. et posth. L. van de Poll de exheredat. et praeterit. cap. 9—16. Westphal v. Testamenten. §. 450—530. Höpfner Comm. §. 483. not. 3.

[b] Pauli Sent. rec. L. 3. T. 46. §. 9.

[c] §. 2. I. de exher. lib. (2. 13.) L. 23. L. 28. §. 1. L. 29. pr. h. t. (28. 2.).

[d] §. 26. I. de legat. (2. 20.).

[e] Pauli Sent. rec. L. 3. T. 4. §. 9. L. 10. h. t. (28. 2.).

[f] L. 29. pr. eod. C. Conradi de cautione Aquilii nepotes posthumos instituendi, et lege Iunia Vellea. Lips. 1756.

[g] Ulpiani Fragm. T. 22. §. 19. §. 2. I. de exhered. lib. (2. 13.) L. 29. §. 11. 12. h. t. (28. 2.) L. 13. de iniusto, rupto (28. 3.).

[h] L. 29. §. 15. h. t. (28. 2.).

und *Corneliani* [i]. Dabey hatte jeder eingesetzte *posthumus*, also auch der *alienus*, auf *bonorum possessio secundum tabulas* (§. 674.) Anspruch [k]. Allein Justinians Vorschriften zufolge besteht jetzt die Einsetzung eines *posthumi*, selbst nach der Strenge des Rechts, unbedingt [l]; nur muſs es, bey der Einsetzung eines *posthumi sui*, möglich seyn, daſs der Erblasser einen solchen bekommen könne [m], auch darf die Einsetzung nichts Schändliches enthalten [n].

§. 795.

Fortsetzung. Wer aus einem Testament nichts erhalten kann, ist natürlich (sofern das Verbot nicht überhaupt seiner Natur nach einen Testaments-Erben voraussetzt) um so mehr von der Intestat-Erbfolge ausgeschlossen. Eben dieſs gilt von Legataren und Fideicommissaren [o], in Rücksicht deren nur wenig Abweichungen stattfinden [p]. Man halte aber den nicht für unfähig, welcher, wie fremde Sklaven, und Mönche, selbst nichts Eignes haben kann. Denn wenn solche Personen bedacht sind, so trit der Herr und die Kirche an deren Stelle [q]; nur muſs der Sklav, oder Mönch selbst die Erbschaft antreten [r]. Eben dieſs gilt in Ansehung aller Unfähigen, wenn das Vermächtniſs nur durch ihre Hand an einen Fähigen gelangen soll [s].

§. 796.

Zeit der Fähigkeit. Wer Erbe werden, oder ein Vermächtniſs erhalten will, braucht aber nicht in jedem Augenblick fähig zu seyn. Man unterscheide: I) der Intestat-Erbe muſs, 1) wenn kein, oder ein nichtiges Testament hinterlassen ist, im Augenblick des Todes, und

[i] L. 29. §. 14. eod. L. 6. §. 1. 2. de iniusto (28. 3.).

[k] L. 25. §. 1. h. t. (28. 2.) vergl. mit L. 6. pr. de inoff. test. (5. 2.) L. 3. de B. P. s. t. (37. 11.).

[l] §. 27. I. de legat. (2. 20.).

[m] L. 6. pr. L. 9. pr. §. 3. h. t. (28. 2.).

[n] L. 9. §. 1. vergl. mit L. 9. §. 3. 4. L. 28. §. 3. eod.

[o] S. oben §. 748. §. 769. Ueberhaupt: Westphal v. Verm. §. 34—96.

[p] S. oben §. 769.

[q] L. 31. pr. de hered. inst. (28. 5.) L. 56. §. 1. C. de episc. et cleric. (1. 3.).

[r] L. 21. §. 1. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.) L. 10. pr. §. 1. de A. R. D. (41. 1.). Glück v. d. Intestat-Erbfolge, §. 26.

[s] L. 42. de leg. 2. (31.) L. 28. de legat. 3. (32.).

von da an, wenn er kein *suus* ist, stets bis zur Antretung fähig seyn [*t*]. Ist 2) ein gültiges Testament vorhanden, welches erst nachher ungültig wird, so fängt jener Termin erst mit der Ungültigkeit des Testaments an [*u*]. II) Der Testaments-Erbe muſs fähig seyn 1) im Augenblick der Errichtung des Testaments, ausgenommen, wenn er auf den Fall, daſs er fähig seyn werde, eingesetzt ist [*x*]; ferner 2) zur Zeit des Anfalls, und von da fortwährend bis zur Erwerbung der Erbschaft. Bey bedingten Einsetzungen, deren Bedingung zur Zeit des Todes des Erblassers noch schwebt, ist der Augenblick der Existenz der Bedingung, sonst aber der Augenblick des Todes des Erblassers die Zeit des Anfalls [*y*]. III) Legatare und Fideicommissare müssen 1) zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses, jedoch nur dann, wenn dasselbe unbedingt ist, oder die Bedingung schon zur Zeit der Errichtung existirt, fähig seyn; sodann 2) im Augenblick des Anfalls desselben (wo wieder das, unter II. 2. Gesagte gilt), und von da bis zur Annahme [*z*].

Zweyte Unterabtheilung.

Allgemeine Erfodernisse einer letzten Willensordnung.

§. 797.

I) Fähigkeit des Subjects.

Zu jeder letzten Willensordnung gehört erstlich, daſs der Disponent dazu fähig sey. In der Regel hat jeder diese Fähigkeit. Ausgenommen sind 1) alle verstandslose Personen, sofern sie keine lichte Zwischenräume haben [*a*], und daher auch höchst Betrunkene [*b*], und Zornige; doch gilt die

[*t*] L. 1. §. 4. 8. ad SCt. Tertull. (38. 17.) §. 4. I. de hered. qualit. et differentia (2. 19.) L. 49. §. 1. de hered. inst. (28. 5.).

[*u*] §. 6. I. de legit. agn. succ. (3. 2.). Glück a. a. O. §. 25.

[*x*] L. 62. pr. de hered. inst. (28. 5.). Höpfner Comm. §. 482. not. 4. a. E. Westphal v. Testam. §. 167.

[*y*] L. 49. §. 1. L. 50. pr. L. 59. §. 4. eod. §. 4. I. de hered. qualit. et different. (2. 19.). G. H. Lehr Erört. d. Fr. in welchem Zeitpunkt der Testam. Erbe oder Legatar fähig seyn müsse. Darmst. 1792.

[*z*] Tit. P. de regula caton. (34. 7.) L. 41. §. 2. de legat. 1. (30.) L. 51. pr. L. 52. de legat. 2. (31.). Lehr a. a. O. §. 20. 21. Faber coniect. L. 12. c. 20. A. M. ist Schöman Handb. 2. B. S. 168 — 170.

[*a*] §. 1. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.) L. 17. eod. (28. 1.) L. 9. C. de testam. (6. 23.) L. 5. C. de codic. (6. 36.).

[*b*] Insofern sie nämlich von Verstande sind.

Disposition der letzten, nicht aber der Rasenden, wenn sie sie nachher genehmigen [c]. Greise, Kranke, und Gebrechliche sind fähig [d], sofern nicht erwiesen ist, daſs sie ohne Verstand waren [e]. Nachheriger Verlust der Vernunft schadet nicht [f]. Alles dieſs gilt 2) von den, den Rasenden gleichgesetzten gerichtlich erklärten Verschwendern [g]. 3) Taubstumme, sofern sie so geboren sind, oder ihren Willen nicht auszudrücken vermögen. Die ersten können jedoch, wenn sie physische Fähigkeit dazu haben, mit Zustimmung des Regenten testiren [h]. 4) Unmündige. Mündige können auch ohne einen Curator testirén [i]. Singulär ist es aber, daſs die Testamentsmündigkeit schon mit der ersten Stunde des Calendertages (§. 128.) anfängt, welcher dem Calendertage vorhergeht, auf welchen die natürliche Geburtsstunde fällt [k]. 5) Zum Tode Verurtheilte, insoweit deren Vermögen confiscirt wird [l], auch das Urtheil wirklich erfolgt, und nicht dagegen appellirt

[c] L. 48. de R. I. (50. 17.). Leyser Sp. 352. m. 3. 4. A. M. ist in Betreff des Convalescirens des Testaments eines Betrunkenen Hellfeld iur. for. §. 1404. und der Zornigen Müller ad Leyser Obs. 620.

[d] L. 2. h. t. (28. 1.) L. 3. pr. C. eod. (6. 22.).

[e] L. 17. D. eod. S. Stryk de testam. corpore vitiatorum. Hal. 1701. (in Caut. Test. c. 10.). C. Thomasius de praesumto furor. et dement. Hal. 1719. A. M. ist in Betreff eines Sterbenden Müller Obs. 622.

[f] §. 1. I. h. t. (2. 12.) L. 20. §. 4. eod. (28. 1.).

[g] L. 18. pr. eod. §. 2. I. eod. A. M. sind C. Hanaccius ius testandi prodigo contra comm. sent. assertum. Vit. 1724. Hoppe v. gerichtl. Verschwendern §. 12. Allein s. Eisenharth de iure testandi prodigo haud comp. Helmst. 1749. L. G. Madihn de iure testandi prodigis frustra vindicato. Hal. 1771. Walch pr. de testamento prodigi iure germ. invalido. Ien. 1754. Gildemeister obs. var. arg. Brem. 1778. Obs. 4.

[h] L. 10. C. h. t. (6. 22.). Rivinus de testamento surdi et muti natura talis valido. Lips. 1740. Pufendorf T. 3. Obs. 178.

[i] L. 20. §. 1. de liberat. legat. (34. 3.).

[k] L. 5. h. t. (28. 1.). Ueber den Grund streitet man. Vergl. Koch Belehr über die Mündigkeit zum Testiren. S. 84—86. Dessen Bestät. der Belehrungen. Gieſs. 1798. Hugo Civ. Magaz. 3. B. 1. Heft. S. 1—21. H. W. Schultes Bemerk. über die Mündigkeit zu test. Jen. 1800. C. G. Fetzers Versuche. Heilb. 1802. n. 1.

[l] L. 8. §. ult. L. 13. §. ult. h. t. (28. 1.) Nov. 22. c. 8. Nov. 134. cap. ult. Die heutige Praxis ist jedoch sehr abweichend. L. Menken de testamenti fact. damnati ad mortem. Lips. 1694. Boehmer ad Carpzov Obs. 1. 2. Eine Ausnahme s. oben §. 717.

ist [m], so wie alle, denen zur Strafe die Testamentserrichtung untersagt ist [n], z. B. Apostaten, und Ketzer, offenbare Zinswuchrer, Pasquillanten, und alle, welche in einer Blutschande lebten [o]. 6) Haussöhne, mit Ausnahme des *peculii castrensis* und *quasi castrensis* [p], und (wie wenigstens Viele glauben) der Dispositionen zu milden Stiftungen [q]. Ueber die übrigen Peculien können sie nicht testiren [r]. Endlich 7) Sklaven und Nichtbürger [s]. Beides fällt aber in Deutschland weg [t], und kann bloſs noch in Betreff derer, welche in den Bann gethan sind, beybehalten werden [u]. Endlich 8) bey den Katholiken jeder, welcher ein öffentliches Gelübde der Armuth abgelegt hat [x]. Alles dieſs gilt denn auch von Codicillen, Legaten und Fideicommissen [y].

§. 798.

II) Innere Erfodernisse, Irrthum, caussa, Furcht, Betrug.

Es gehört ferner zweytens zu jeder letzten Willensordnung, daſs sie absichtlich und frey geschehe, und sowohl das Object, als die Personen ordentlich bestimme. Es ist daher 1) jede Disposition in so weit ungültig, als dabey ein Irrthum zum Grunde lag [z]. Selbst ein Irrthum über die Person und die Beweggründe bewirkt Ungültigkeit der Disposition; nur ist daraus allein kein Irrthum abzuleiten, wenn nichts mehr erwiesen ist, als, daſs der angeführte Beweggrund (*caussa*) falsch sey. Vielmehr muſs auſser der Falschheit desselben zugleich erwiesen werden, daſs der Erblasser allein durch den, irrig angenommenen Beweggrund zu der Disposition

[m] L. 9. L. 13. §. 2. D. eod.

[n] L. 18. §. 1. eod.

[o] L. 18. §. 1. L. 26. eod. L. 3. C. de apostat. (1. 7.) L. 4 C. de haeret. (1. 5.) L. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.) cap. ult. de usuris in 6. (5. 5.).

[p] pr. I. h. t. (2. 12.) L. 19. h. t. (28. 1.) L. 6. § 3. C. de iure codic. (6. 36.). C. N. Schumacher de exclus. filiorfam. a testam. fact. speciatim quoad bona advent. Goett. 1801.

[q] S. oben §. 707.

[r] L. pen. C. h. t. (6. 22.). Voet L. 28. T. 1. §. 42.

[s] L. 8. §. 1. 2. L. 19. h. t. (28. 1.).

[t] Auth. omnes peregrini C. commun. de success. (6. 58.).

[u] Lauterbach coll. L. 28. T. 1. §. 30.

[x] Cap. 2. X. de testam. (3. 26.).

[y] L. 2. de legat. 1. (30.) L. 6. §. pen. de iure codic. (29. 7.).

[z] L. 2. §. 7. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

verleitet sey [*a*]. Aus eben jenen Gründen ist denn auch 2) jede Disposition insoweit ungültig, als sie durch Zwang und Arglist eines Andern veranlafst ist. Bitten, selbst dringende Bitten, enthalten aber an sich noch keinen Zwang, wenn sie nicht (wie es bey kranken und reizbaren Menschen denkbar ist) wirklich die Freyheit und Ueberlegung des Erblassers aufheben [*b*]. Wer übrigens den stattgehabten Zwang behauptet, kann natürlich auch hier durch Eidesantrag den Beweis führen [*c*], so wie Vermuthungen und künstliche Beweismittel nicht ausgeschlossen sind [*d*].

§. 799.

Demonstrationen.

Der Erblasser mufs ferner 3) seinen Willen wirklich durch verständliche Worte ausdrücken. Es wird daher weder das befolgt, was er durch die Worte zu sagen nicht beabsichtigte, noch auch das, was er sagen wollte, was aber nach gemeinem Redegebrauch die Worte nicht ausdrücken [*e*]. Daher ist auch die Disposition ungültig, wobey er sich selbst falsch bezeichnet [*f*], oder deren Inhalt nicht klar zu machen ist [*g*]. Im Uebrigen braucht er nicht gerade die Personen oder Sachen lediglich mit ihrem wahren Namen zu bezeichnen, sondern er kann sich dabey auch Demonstrationen bedienen [*h*]. Sieht man sonst, was er wollte, so schadet die Falschheit der Demon-

[*a*] L. 93. §. 1. de leg. 3. (32.) L. 17. §. 2. L. 72. §. 6. de cond. et demonstr. (35. 1.) Tit. C. de falsa caussa adiecta (6. 44.). Struben 2. B. 105. Bed.

[*b*] L. 2. §. 7. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.) L. 20. §. ult. qui test. fac. poss. (28. 1.). Ueberhaupt: I. A. Kurrer de testam. coacto. Tub. 1682. C. G. Strecker de testam. vi metuve extortis. Erf. 1744. I. G. Zoller utrum testam. importunis sollicitat. fact. valeat. Lips. 1768. Wernher P. 2. Obs. 408. Leyser Sp. 375. Pufendorf T. 2. Obs. 10. §. 7. C. H. G. Köchy de testam. vi metuve extorto. Lips. 1800.— S. auch unten §. 840.

[*c*] C. F. Deilin de licita iurisiur. iudic. delat. super facto illicito, et speciat. libert. testandi imped. Alt. 1739.

[*d*] Hofacker T. 2. §. 1619.

[*e*] L. 7. §. ult. de supellect. legat. (33. 10.) L. 4. pr. L. 15. pr. de leg. 1. (30.) L. 9. §. 1. de hered. inst. (28. 5.). F. C. Conradi de voluntate testatoris dubia ob error. in nom. vel demonstr. hered. et legatarii commissum. Helmst. 1736.

[*f*] L. ult. C. de hered. inst. (6. 24.).

[*g*] L. 2. de his quae pro non script. (34. 8.).

[*h*] L. 58. pr. de hered. inst. (28. 5.) L. 25. de reb. dub. (34. 5.).

stration nicht [i], und daher eben so wenig das nachherige Wegfallen der angedeuteten Eigenschaft [k]; sie macht aber die ganze Disposition ungültig, wenn durch sie allein der Honorirte mittelst eines Schimpfwortes bezeichnet wird [l]. Was übrigens vermöge einer Demonstration zu leisten sey, ist stets nach der muthmafslichen Absicht, und den vorliegenden Worten zu entscheiden, und läfst sich im Allgemeinen nicht durch Regeln bestimmen [m].

§. 800.

Ueberlassen in die Willkühr eines Dritten. Unvollkommenheit des Willens.

Ferner 4) darf zwar wohl die Zahlungszeit [n], aber nicht die Erbeneinsetzung, und das Vermächtnifs selbst, der reinen Willkühr eines Andern, wenigstens nach Römischem Recht, namentlich überlassen werden (*in arbitrium collata*) [o], wiewohl nicht alle Juristen hierüber gleich dachten [p]. Stillschweigend kann es geschehen [q], auch darf man es dem billigen Ermessen eines Dritten überlassen [r], so wie es erlaubt ist, aus mehreren genannten Personen einem Dritten die Wahl zu geben [s]. Wählt er nicht, so concurriren alle genannten Personen zu verhältnifs-

[i] L. 4. C. de testam. (6. 23.) L. 5 C. de hered. instit. (6. 24.) L. 7. §. 1. C. de legat. (6. 37.) L. 108. §. 10. de leg. 1. (30.) L. 8. §. 2. de leg. 2. (31.) L. 102. §. 1. de leg. 3. (32.) L. 17. pr. L. 40. §. 4. de cond. et demonstr. (35. 1.).

[k] L. 19. pr. de reb. dub. (34. 5.) L. 96. pr. de leg. 1. (30.).

[l] L. 9. §. 8. L. 48. §. 1. de hered. inst. (28. 5.) L. 54. pr. de leg. 1. (30.). Westphal v. Testam. §. 364. 365. A. M. ist Derselbe v. Verm. 2. B. §. 1384.

[m] S. überh. Vinnii qu. sel. L. 2. c. 27. Averan interpr. cap. 14. fgg. Westphal v. Testamenten §. 350 — 366. Derselbe v. Vermächtnissen. 1. B. §. 628 — 645.

[n] L. 11. §. 6. L. 41. §. 13. de leg. 3. (32.).

[o] L. 32. pr. de hered. inst. (28. 5.) L. 52. de cond. et demonstr. (35. 1.). Das cap. 13. X. de testam. sagt das Gegentheil. E. Schrader Abh. aus dem Civilrecht. 1. B. S. 44 — 67. A. M. ist C. F. Glück pr. ad cap. 13. X. de testam. Erlang. 1784. (in op. F. 1.).

[p] L. 1. pr. de leg. 2. (31.). Ueber die Erklärungen dieses Gesetzes: Panciroll. var. lect. L. 3. c. 5. Cuiac. L. 2. Obs. 2. Averan interpr. L. 2. c. 22. Vinnii qu. sel. L. 2. c. 25.

[q] L. 11. §. 5. 6. de leg. 3. (32.) L. 68. de hered. instit. (28. 5.).

[r] L. 11. §. 7. de leg. 3. (32.) L. 75 pr. de leg. 1. (30.).

[s] L. 17. §. 1. L. 24. L. 77. §. 4. de leg. 2. (31.) L. 7. §. 1. de reb. dub. (34. 5.) L. 46. §. ult. de fideic. hered. (6. 42.).

mäſsigen Theilen [t]. Endlich 5) muſs der Wille vollständig erklärt seyn. Ist der Erblasser, wenigstens in der Hauptsache, daran verhindert, so gilt nichts von dem, was er verordnen wollte [u].

§. 801.

III) Nebenbestimmungen.

Die Nebenbestimmungen, welche überhaupt bey Rechten stattfinden können, nämlich Bedingungen, Zeit- und Zweckbestimmungen, können auch Erbeneinsetzungen und Vermächtnissen hinzugefügt werden, jedoch unter manchen, von den allgemeinen Grundsätzen sehr abweichenden Bestimmungen, welche darauf beruhen, theils weil die Römer letzte Willensordnungen als bürgerliches Institut ansahen, wobey der Staat den Miſsbrauch um so natürlicher verbieten kann; theils weil hier auch für die Creditoren gesorgt, und daher die Erwerbung der Erbschaft so viel als möglich beschleunigt, der Verlust der Erbschaft nach der Erwerbung aber, wegen der, dadurch fixirten Verhältnisse, soviel als möglich abgewandt werden muſs.

§. 802.

1) Bedingungen.

In Betreff der Bedingungen [x] ist man in folgender Rücksicht bey den allgemeinen Grundsätzen geblieben: I) der Erblasser kann eine, oder mehrere Bedingungen copulativ, oder alternativ hinzufügen [y], selbst stillschweigend [z], indem hier alles auf dessen Willen ankommt [a]. Zu einer Perplexität führende Bedingungen machen die ganze Disposition un-

[t] Arg. L. 24. L. 67. §. 7. de leg. 2. (31.). Glück l. c. S. 1. §. 5.

[u] L. 77. §. 33. de leg. 2. (31.) L. 11. §. 1. de leg. 3. (32.) L. 25. qui test. fac. poss. (28. 1.). Harprecht de testamento ratione voluntatis imperfecto.

[x] Auſser den, §. 120. not. p. angef. Schriften vergl. noch: B. Bardili de condit. et similibus adiectionibus tam heredis institutioni, quam legatis appositis (in dessen Concl.). Westphal v. Testamenten §. 286—349. Derselbe v. Vermächtnissen. 1. B. §. 406—564.

[y] §. 11. I. de hered. inst. (2. 14.) L. 5. de cond. inst. (28. 7.) L. 6. pr. C. de inst. et subst. sub condit. (6. 25.).

[z] Z. B. L. 83. de leg. 2. (31.) L. 77. pr. L. 102. de cond. et demonstr. (35. 1.). Falsch ist es, wenn Viele mit Voet L. 28. T. 7. §. 4. glauben, die Bedingung der Einsetzung sey stillschweigend bey der Substitution wiederholt. L. 27. pr. L. 73. de hered. inst. (28. 5.). Averan int. L. 5. c. 2. n. 9.

[a] L. 11. §. 11. de leg. 3. (32.).

gültig [b]. Dagegen schaden nicht irrig gesetzte, während irrig ausgelassene die ganze Disposition vernichten [c]. II) Die eigentliche *conditio tacita* (§. 120.), welche es wirklich ist [d], wird auch hier nicht als Bedingung behandelt [e]. III) Was unter einer Bedingung deferirt ist, kann nicht eher gefodert werden, als bis (welches man aber im Zweifel annimt [f]) die Bedingung erfüllt ist [g]. Fällt sie weg, so erlischt, auch wenn der Erblasser ihre Existenz hinderte, das deferirte Recht [h], wenn nicht die Bedingung zum Vortheil des Honorirten beygefügt, oder die Erfüllung von dem bedingt Beschwerten selbst gehindert ward [i]. IV) Ist mehreren eine Bedingung aufgelegt, so muſs sie von jedem verhältniſsmäſsig [k], auch muſs sie zur gehörigen Zeit erfüllt werden. Läſst sie sich ihrer Natur nach nur beym Leben des Erblassers, oder nach dessen Tode erfüllen, so versteht sich alles von selbst [l]. Sonst aber gilt die Regel: rein potestative Bedingungen sind im Zweifel nach des Erblassers Tode, und zwar in der Regel sogleich, widrigenfalls die Creditoren Inmission verlangen können [m], zu erfüllen. Bey den übrigen ist die Zeit gleichgültig [n]. V) Sogenannte *conditiones in praesens*, oder *praeteritum collatae* vernichten sofort durch ihre Nicht-Existenz die Disposition [o], und negative, physisch unmögliche werden als nicht vorhanden angesehen [p], während negative moralische zu erfüllen sind [q].

[b] L. 16. de condit. inst. subst. (28. 7.).

[c] L. 9. §. 5. 6. de hered. inst. (28. 5.). Faber err. pragm. Dec. 35. E. 9. Kortholt de eo quod iustum est circa condit. quam testator inserere destinavit neque tamen inseruit.

[d] Bey suis und Legataren ist z. B., weil sie ipso iure erwerben, das si voluerit eine wahre Bedingung, und keine tacita. L. 12. de condit. instit. (28. 7.) L. 65. §. 1. de legat. 1. (30.) L. 69. de cond. et dem. (35. 1.).

[e] L. 107. eod. L. 22. §. 1. quando dies legati (36. 2.).

[f] L. 10. §. 1. de reb. dub. (34. 5.).

[g] L. 66. de cond. et dem. (35. 1.).

[h] L. 85. de hered. inst. (28. 5.) L. 19. §. 3. L. 33. §. 3. L. 72. §. pen. de cond. et dem. (35. 1.).

[i] L. 84. eod.

[k] L. 112. pr. eod. L. 6. C. de cond. insert. (6. 46.).

[l] L. 91. de cond. et dem. (35. 1.).

[m] L. 23. §. 1—4. de hered. inst. (28. 5.).

[n] L. 2. L. 11. §. 1. L. 36. pr. de cond. et dem. (35. 1.).

[o] L. 10. §. 1. de cond. inst. (28. 7.). Averan int. L. 2. c. 24.

[p] L. 20. pr. de hered. inst. (28. 5.).

[q] L. 4. §. 1. de cond. inst. (28. 7.).

§. 803.

Ausnahmen von allgemeinen Grundsätzen.

Dagegen gelten hier aber folgende abweichende Bestimmungen: I) Wenn Jemand zugleich bedingt und unbedingt zum Erben eingesetzt ist, so geht die unbedingte Einsetzung vor [r], und daher ist es auch genug, wenn in dem Fall, da Jemand mehrmals nach einander unter neuen Bedingungen eingesetzt ward, nur Eine der Bedingungen erfüllt wird [s]. Bey einem wiederholten Vermächtnifs wird auf die letzte Disposition gesehen [t]. II) Sind Kinder, denen der Pflichttheil gebührt, ohne die Socinische Cautel (§. 812.) unter einer, nicht rein potestativen möglichen Bedingung eingesetzt, und dabey nicht auf den entgegengesetzten Fall enterbt, so ist das ganze Testament nichtig [u]. III) Affirmative, physisch, oder moralisch unmögliche Bedingungen, sie seyen nun absolut unmöglich, oder, indem der Erblasser es wufste, oder wissen konnte, relativ unmöglich (*difficiles sensu iuridico*), werden als nicht beygefügt angesehen, der Erblasser mochte nun die Unmöglichkeit wirklich kennen, oder nicht [x]. Ist daher etwas alternativ unter einer möglichen, und affirmativen unmöglichen Bedingung hinterlassen, so braucht der Honorirte keine zu erfüllen [y]. Mögliche, aber beschwerliche Bedingungen (*difficiles sensu grammatico*) suspendiren dagegen das Recht [z]. Zu den moralisch unmöglichen, welche als nicht beygefügt angesehen werden, gehören auch alle lächerlichen Bedin-

[r] L. 27. §. 1. L. 67. de hered. inst. (28. 5.).

[s] L. 27. §. 2. eod.

[t] L. 87. 88. 89. de cond. et demonstr. (35. 1.).

[u] L. 15. L. 28. de cond. inst. (28. 7.) L. 83. de cond. et dem. (35. 1.) L. 86. de hered. inst. (28. 5.). Bey Töchtern und Enkeln war der Vater ehemals nicht so gebunden. L. 4. pr. L. 6. §. 1. de hered. inst. (28. 5.). Allein jetzt sind sie den Söhnen gleich. §. 5. I. de liber. exhered. (2. 13.) L. 4. C. de lib. praeter. (4. 28.). Dafs das Testament dennoch nicht nichtig sey, wenn die Bedingung unerlaubt war, behaupten Viele aus mancherley Gründen. Höpfner Comm. §. 491. not. 8. Glücks Comm. §. 516.

[x] §. 10. I. de hered. inst. (2. 14.) L. 3. L. 6. §. 1. L. 20. L. 37. L. 72. §. 2. de cond. et demonstr. (35. 1.) L. 6. de cond. instit. (28. 7.). Ueber die verschiedenen Meynungen s. Höpfner Comm. nach Webers Ausg. §. 491. not. 3.

[y] L. 8. §. 5. eod.

[z] L. 4. §. 1. de statu lib. (40. 7.).

gungen [a]. Ferner: die Bedingung, eine unanständige Heirath einzugehen, oder nach Willkühr eines Dritten zu heirathen [b], oder sich nicht von einem Ort zu entfernen [c], oder sich eidlich zur Leistung dessen zu verpflichten, wozu man nach dem Testament schon ohnehin gehalten ist [d]. Die Bedingung, nicht zu heirathen, welche ehemals unbedingt als nicht hinzugefügt angesehen ward [e], gilt jetzt, wenn sie einer Wittwe gemacht wird [f]. Dafs aber die Bedingung, die Religion zu ändern, oder nicht zu ändern, gleichfalls als schändlich zu verwerfen sey, wie Viele wollen, läfst sich nur dann behaupten, wenn Jemandem aufgelegt wird, eine, vom Staat verbotene Religion anzunehmen, oder beyzubehalten [g]. Ehemals wurden alle Legate als unanständig und nichtig angesehen [h], wenn sie Jemandem auf den Fall von dem Honorirten hinterlassen waren, dafs dieser irgend etwas wider den Willen des Erblassers thue, oder unterlasse [i]. Jetzt sind solche Vermächtnisse, welche man *poenae nomine relicta* nennt, nur insofern ungültig, als der Honorirte auf den Fall, dafs er etwas affirmativ Unmögliches thun werde,

[a] L. 27. pr. de cond. inst. (28. 7.) L. 113. §. ult. de leg. 3. (32.).

[b] L. 28. pr. de cond. et dem. (35. 1.) L. 63. §. 1. L. 71. §. 1. eod. Markart interpr. L. 1. c. 4. Cannegieter Obs. L. 1. c. 7. Püttmann interpr. c. 6.

[c] L. 71. §. 2. eod.

[d] L. 20. L. 26. pr. eod. L. 112. §. ult. de leg. 1. (30.). C. F. Walch de condit. iurisiur. ult. vol. adiecta (op. T. 1.).

[e] L. 72. §. 5. de cond. et dem. (35. 1.). Heineccius ad L. Iul. et Pap. p. 94. Averan int. L. 2. c. 21.

[f] Nov. 22. c. 43. 44. I. S. Brunquell de condit. si non nupserit ult. volunt. adiecta. Ien. 1722. (op. T. 1. n. 5.). C. A. Günther pr. de invalida coelibatus cond. ult. vol. adiecta quamvis pia caussa in illius defectum fuerit substituta. Helmst. 1792.

[g] I. G. Schellhafs D. qua enucleatur quaestio utrum conditio, qua certa religio in subiecto requiritur pro turpi vel honesta sit habenda. Erf. 1752. Ueber die Ideen Andrer Günther und Hagemann Archiv. 3. B. n. 8. Beytr. zur jur. Litt. in den preufs. Staat. 5. B. n. 144. F. G. Gambsjaeger pr. circa conditionem seu affirm. s. negativ. religionis mutandae cet. Heidelb. 1812.

[h] Meine Versuche 2. B. S. 166. not. 17.

[i] Tit. P. de his quae poen. causs. (34. 6.). Maiansii Disp. T. 2. n. 24. Sammet de legat. poen. nom. (in op.). G. B. Beckmann de eod. arg. Goett. 1780. I. F. L. Goeschen obs. iur. Rom. spec. Berol. 1811. p. 47—108. Abweichende Ideen hat Bynkershoek de eod. arg. (in op.).

das Legat auszahlen soll [*k*]. IV) Die Erben des Honorirten erhalten nichts, wenn derselbe die Existenz der Bedingung nicht erlebt [*l*]. V) In gewissen Fällen wird die nicht erfüllte Bedingung als erfüllt angesehen, nämlich 1) die potestative und vermischte, wenn nicht die erweisliche Absicht des Erblassers dawider ist [*m*], in allen Fällen, da das Bestreben des Honorirten vergebens war, die Bedingung wirklich zu machen [*n*]. 2) Trit Jemand in ein Kloster, oder wählt er sonst die Ehelosigkeit, so braucht er die, ihm gemachte Bedingung, Kinder zu zeugen, um ein Legat zu erhalten, nicht zu erfüllen [*o*], so wenig als er ein Legat zu zahlen braucht, welches er zahlen sollte, wenn er keine Kinder zeuge [*p*]. Dagegen sind VI) alle captatorischen Einsetzungen und Vermächtnisse nichtig, d. h. die, welche unter der Bedingung gemacht sind, daſs der Honorirte den Erblasser oder einen Dritten künftig bedenke [*q*]. Was der so Honorirte dagegen thut, ist aber, sofern es nicht captatorisch, oder durch einen entschuldbaren Rechtsirrthum veranlaſst ist, keineswegs nichtig [*r*]. VII) Ist dem Erben etwas unter einer negativen potestativen Bedingung hinterlassen, so kann er, wenn Miterben da sind, sofort die Erbschaft erhalten, wenn er auf den Fall der Uebertretung der Bedingung wegen Rückgabe der Erbschaft die Mucianische Caution leistet; sind aber keine Miterben da, so ist in der Regel die Bedingung ungültig [*s*]. Legatare werden, nach

[*k*] L. un. C. h. t. (6. 41.).

[*l*] L. 104. §. 1. de leg. 1. (30.).

[*m*] L. 31. de cond. et dem. (35. 1.).

[*n*] L. 8. §. 7. L. 23. de cond. inst. (28. 7.) L. 14. L. 31. L. 78. pr. de cond. et dem. (35. 1.). Balduin. de cond. cap. 10. Donell comm. L. 8. c. 30. fgg. C. L. Crell an conditio, quae per casum impleri nequit, pro impleta hab. Vit. 1735. I. T. Richter de condit. potest. et mixtis casu defic. in ult. vol. pro implet. hab. Lips. 1750.

[*o*] L. 53. §. 2. C. de episc. et cleric. (1. 3.).

[*p*] L. 53. §. 2. C. cit. Nov. 123. c. 37.

[*q*] L. 70. L. 71. pr. §. 1. L. 81. §. 1. de hered. inst. (28. 5.) L. 20. §. 2. de cond. inst. (28. 7.). Bynkershoek de instit. capt. (op. T. 2.). Müller ad Leyser obs. 582. A. M. sind Thomasius de capt. inst. (Coll. D. T. 2. n. 32.). Leyser Sp. 376. m. 10.

[*r*] Meine Versuche 1. B. n. 4.

[*s*] L. 4. §. 1. L. 20. pr. de cond. inst. (28. 7.). Faber coniect. L. 2. c. 16. Eine Ausnahme enthält Nov. 22. c. 44. §. 9., welche Westphal v. Testam. §. 532. ausdehnt.

den mehrsten Gesetzen [t], nur dann zu dieser Caution gelassen, wenn es gewifs ist, dafs sie ihr ganzes Leben die Bedingung übertreten können [u]. Bey andern nicht gleich zu erfüllenden Bedingungen, hat der Erbe das Vorrecht, dafs er gegen Caution einstweilen *bonorum possessio secundum tabulas* erhalten kann [x]. VIII) Bey Erbschaften wird die existirende Bedingung auf den Tod des Erblassers zurückgezogen [y], und Resolutiv-Bedingungen sind unerlaubt [z]; nicht aber bey Vermächtnissen [a].

§. 804.

Ueber correspective Testamente insbesondere.

Durch das, im letzten §phen erwähnte Verbot der captatorischen Einsetzungen sind aber keineswegs die, aus gegenseitiger Liebe errichteten wechselseitigen Testamente (*reciproca*) verboten [b], noch auch insbesondere die gegenseitigen gleichzeitigen Einsetzungen, wobey die Gültigkeit der einen von der fortdauernden Gültigkeit der andern abhängig gemacht wird (*testamenta correspectiva*) [c]. Da bey correspectiven Testamenten eine Bedingung stattfindet, so sind wechselseitige Testamente nur dann als correspective zu behandeln, wenn die Absicht der Testirenden, ein solches Testament errichten zu wollen, aus den Umständen erhellet [d], welches bey den wechselseitigen Testamenten der Ehegatten gewifs als Regel angenommen werden kann [e].

[t] Denn L. 67. de cond. et dem. (35. 1.) ist abweichend.

[u] L. 72. §. 2. L. 77. §. 2. L. 101. §. 3. L. 106. eod. Wer diefs auf Erbschaften ausdehnt, schliefst ohne Grund.

[x] L. 2. §. 1. L. 5. pr. L. 6. L. 10. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

[y] L. 54. de acquir. vel om. her. (29. 2.).

[z] L. 88. de hered. inst. (28. 5.). Donell comm. L. 6. c. 18.

[a] Ueber die resolutiva: L. 107. de cond. et dem. (35. 1.) L. 6. pr. quando dies legati (36. 2.). Dabey über das ältere Recht: Goeschen obs. p. 65—73. not. k. Ueber das Zurückziehen: L. 14. eod. L. 3. de collat. (37. 6.) L. 5. C. de condit. insert. (6. 46.).

[b] L. 70. 71. de hered. inst. (28. 5.).

[c] L. C. Boettger de natura et indole testam. correspectivi. Marb. 1793. §. 4. §. 9—14. 19. 28.

[d] Boettger l. c. §. 29—37.

[e] Stryk de testam. coniug. reciproco. Hal. 1702. (Collect. D. Vol. 1. n. 23.). Müller ad Leyser Obs. 633.

§. 805.

2) Zeitbestimmungen.

In Ansehung der Zeitbestimmungen [f] gilt die allgemeine, natürliche Regel, daſs alles, was von einem, in irgend einer Rücksicht ungewissen Tage hinterlassen ist, als bedingt behandelt werden soll, versteht sich, wenn der Tag sich nicht bloſs auf die Zahlung bezieht [g]. Allein im Uebrigen finden auch hier folgende Singularien statt: I) Der Erbe kann nicht von einem gewissen Tage, und nicht bis auf einen Tag ernannt werden [h]. Bey Vermächtnissen ist sowohl jenes [i], als dieses erlaubt [k]. II) Der, von einem ungewissen Tage an ernannte Erbe kann auch hier, wie bey bedingten Einsetzungen, *bonorum possessio secundum tabulas* erhalten [l]. Nach diesen Prämissen ist denn auch die Streitfrage zu entscheiden, was Rechtens ist, wenn A auf den Nieſsbrauch des Vermögens, und B nach dem Tode des A auf die Proprietät eingesetzt ward. A wird hier nämlich, weil er *heres in re singulari* ist (§. 669.), als bloſser Legatar behandelt, und erhält dieses Legat insofern, als B bey seinem Leben *b. p. secundum tabulas* agnoscirt [m]. Ist Jemand an seinem Todestage zur Erbschaft gerufen, so kann er sie sofort antreten [n]. Vermächtnisse werden auch durch Hinzufügung eines solchen Tages nicht bedingt, und können nach dem Tode des Honorirten von dessen Erben gefodert werden [o].

[f] Maians. Diss. n. 33. Westphal v. Testam. §. 350—352. Derselbe v. Verm. 1. B. §. 565—609.

[g] L. 12. §. 1. de leg. 2. (31.) L. 1. §. 2. L. 75. L. 79. §. 1. de cond. et dem. (35. 1.) und oben §. 790. not. a.

[h] § 9. I. de hered. inst. (2. 14.) L. 34. eod. (28. 5.). S. Gentilis de error. testam. cap. 9. A. M. ist Schöman Handb. 1. B. S. 362—377.

[i] L. 49 pr. de leg. 1. (30.).

[k] L. 26. C. de legat. (6. 37.).

[l] L. 23. pr. de hered. inst. (28. 5.).

[m] Die Ideen sind hier sehr verschieden. Vergl. Huber prael. ad P. L. 28. T. 5. §. 9. et Thomasius ibid. Wissenbach Disp. 36. §. 13. Voet L. 7. T. 1. §. 12. Hennemann Unters. zweyer Rechtsfragen u. s. w. Schwerin 1790. S. 33—48.

[n] L. 9. C. de hered. inst. (6. 24.). Vinnius ad §. 9. I. de hered. inst.

[o] L. 79. pr. de cond. et dem. (35. 1.) L. 4 §. 1. quando dies legati (36. 2.). Averan interpr. L. 4. c. 5. fgg.

§. 806.

3) Modus. In Ansehung der Zweckbestimmungen [p], welche sich sowohl bey Erbschaften als Vermächtnissen denken lassen, finden im Ganzen die, oben (§. 130.) angegebenen allgemeinen Grundsätze statt [q]. Nur folgendes ist hier noch besonders merkwürdig, nämlich dafs bey Vermächtnissen dem Beschwerten wegen Erfüllung des *modi* Caution geleistet werden mufs [r], dafs dieser wegen Nichterfüllung das Gegebene zurückfodern [s], und der Dritte aus der, zu seinem Vortheil hinzugefügten Zweckbestimmung klagen kann [t]. Hat Jemand blofs ein Mandat erhalten, etwas Gewisses mit angewiesenen Sachen auszurichten, so mufs er zurückgeben, was er zu dem bestimmten Zweck nicht braucht [u]; sonst aber nicht [x].

Dritte Unterabtheilung.

Ueber die Ungültigkeit der Testamente, Codicille, Erbeneinsetzungen, Legate und Fideicommisse.

Einleitung.

§. 807.

Arten der Ungültigkeit. Es gibt viele Fälle, da Testamente und Codicille, nebst ihrem Inhalte, gleich anfangs ungültig sind, oder in der Folge ungültig werden [y], und eben diefs kann, ohne Ungültigkeit der ganzen Disposition bey einzelnen Einsetzungen, Legaten, und Fideicommissen stattfinden. Das Mehrste

[p] Zu den, §. 130. angef. Schriften sind hier noch hinzuzufügen: Maians. Diss. T. 2. n. 41. I. Koppe de legat. sub modo relict. Vind. 1778. Westphal v. Verm. 1. B. §. 610—618. Hübner disp. iur. civ. Lib. 1. Jen. 1806. c. 10.

[q] L. 17. §. 4. L. 71. pr. §. 2. de cond. et dem. (35. 1.) L. 114. §. 9. de leg. 1. (30.).

[r] L. 19. de leg. 3. (32.) L. 40. §. 5. de cond. et dem. (35. 1.).

[s] L. 21. §. 3. de annuis leg. (33. 1.) L. 17. de usufruct. leg. (33. 2.).

[t] L. ult. C. de his quae sub modo (6. 45.).

[u] L. 88. §. 1. de leg. 2. (31.).

[x] L. 17. pr. de leg. 2. (31.) L. 1. in f. ad L. Falcid. (35. 2.).

[y] Ueberh. Manzius de testamentis invalidis. P. F. Romanus de modis, quibus testamenta infirmantur. Lips. 1771. H. F. Schorch de testam. infirmatione. Lips. 1772. Westphal v. Testamenten. §. 852—1270. Derselbe v. Eröffnung d. Test. §. 247—278. Derselbe v. Verm. 2. B. §. 1547—1520. §. 1869—1872.

ist hier allen Arten der Dispositionen gemeinschaftlich. Was sich ausschliessend nur auf Einsetzungen oder Vermächtnisse bezieht, wird in der Folge jedesmal besonders angedeutet werden.

§. 808.

Allgemeine Regeln.

Der Darstellung der einzelnen Fälle der Ungültigkeit müssen zuvörderst folgende allgemeine Regeln vorangehen: I) Ist eine Disposition von der Art, daſs sie hinfällig seyn würde, wenn der Erblasser in dem Augenblick stürbe, da er sie errichtet, so bleibt sie nach der, nur für Vermächtnisse erfundenen, aber in der Sache selbst auch bey Erbeneinsetzungen geltenden Catonianischen Regel auf immer ungültig [z], wenn sie nicht nachher auf eine gültige Weise wiederholt und gebilligt wird [a]; und eben dieſs gilt bey einer, nachher eintretenden Ungültigkeit [b]. Liegt indeſs die Ungültigkeit nicht in der vernachlässigten Form, oder der Unfähigkeit des Erblassers [c], sondern in dem Object, welches, oder dem Subject, dem etwas hinterlassen ist, so wird eine solche Verordnung gültig, wenn sie unter der Bedingung, daſs die Gründe der Ungültigkeit künftig wegfallen sollten, errichtet ist, und die Gründe der Ungültigkeit zur Zeit des Anfalls nicht vorhanden sind [d]. Bey Vermächtnissen, worauf man erst nach Antretung der Erbschaft ein Recht erhält (§. 790.), ist es überhaupt hinreichend, wenn sie nur zur Zeit des Anfalls als gültig angesehen werden können [e]. II) Die Ungültigkeit Einer Disposition zieht nicht die, der übrigen Dispositionen nach sich [f].

[z] L. 1. de Reg. Caton. (34. 7.) L. 29. L. 210. de R. I. (50. 17.) §. 1. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.). Höpfner Comment. §. 482. not. 3. Maians. de regula Caton. (D. T. 2.). I. Strauch de regula Catoniana. Ien. 1715. I. G. Wernher de genuino reg. Cat. sens. Goett. 1740. M. G. Pauli de regula Cat. Viteb. 1769. Westphal v. Verm. §. 855—860.

[a] L. 19. pr. §. 1. de leg. 1. (30.). Dahin gehört aber nicht die nachherige Billigung des Intestat-Erben. Averan Interp. L. 1. c. 10. Grupen Disc. for. cap. 5. A. P. Frick de testam. nullo insecuta hered. ab intest. approb. nunquam in formam testam. validi reconval. Helmst. 1771.

[b] §. 2. I. quib. mod. test. infirm. (2. 17.).

[c] §. 1. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.).

[d] S. oben §. 796. L. 1. §. 2. de reg. Caton. (34. 7.) L. 6. C. de inst. et subst. (6. 25.). Höpfner Comment. §. 560. not. 4.

[e] L. 3. de reg. Caton. (34. 7.). Anders erklärt dieſs Gesetz Voorda elect. c. 17.

[f] Nach der Regel in §. 135.

Fällt indefs ein Testament, so fallen damit auch in der Regel, wenn nicht ein Anderes gültig verordnet ist [g], alle andern Dispositionen des Erblassers, mithin auch testamentarische, bestätigte oder unbestätigte, Codicille [h]. Sind, oder werden alle Erbeneinsetzungen ungültig, so ist diefs schon als Vernichtung des Testaments anzusehen [i]. Der Intestat-Erbe, welcher zugleich testamentarischer ist, mufs jedoch, wenn das Testament untergeht, und die Intestat-Erbfolge eintrit, die, ihm unter Eidespflicht auferlegten Vermächtnisse zahlen [k]. III) Was ausfällt, wird, wenige Fälle, da der Fiscus eintrit [l], ausgenommen, zunächst dem Substituten des Ausfallenden, oder dem Mitberufenen desselben durch das Anwachsungsrecht [m], zugetheilt. Sind keine solchen da, so bleiben Vermächtnisse bey dem Beschwerten [n], wofür man aber den nicht halten mufs, welcher blofs zur Handlung der Zahlung beauftragt ist [o]. IV) Wer auf diese Weise in die Stelle eines Wegfallenden einrückt, mufs die, demselben aufgelegten Verbindlichkeiten in der Regel erfüllen [p]. Eine Ausnahme trit beym Anwachsungsrecht der Legatare ein [q], so wie bey allen Dispositionen, welche wegen einer anfänglichen Nichtigkeit nicht gelten [r].

Erster Titel.

Ueber Ungültigkeit und Rescission eines letzten Willens wegen Uebergehung und Ausschliefsung des Notherben.

§. 809.

Einleitung. Notherben.

Die Freyheit, zu testiren, ist besonders durch die Vorschrift beschränkt, dafs ge-

L. 2. de his quae in test. del. (28. 4.).

[g] L. 81. L. 88. §. 17. de leg. 2. (31.).

[h] L. 1. C. de posthum. hered. (6. 29.) L. 14. C. de fideic. (6. 42.) L. 1. C. de codic. (6. 36.).

[i] L. 2. de his quae in test. del. (28. 4.).

[k] L. 77. §. 23. de leg. 2. (31.).

[l] S. unten §. 839 — 841.

[m] S. unten §. 843 — 857.

[n] L. 16. pr. de leg. 1. (30.) L. 60. de leg. 2. (31.) L. 3. de his quae pro non script. (34. 8.) L. un. §. 8. C. de caduc. toll. (6. 51.).

[o] L. 17. pr. L. 88. §. 13. de leg. 2. (31.).

[p] L. 74. de leg. 1. (30.) L. 29. pr. de leg. 2. (31.) L. 4. C. ad SCt. Trebell. (6. 49.) L. un. §. 4. 9. C. de caduc. toll. (6. 51.).

[q] S. unten §. 845.

[r] L. un. §. 3. C. cit.

wisse Personen, welche insofern Notherben heifsen, das Recht haben sollen, einen Theil des Vermögens, den man Pflichttheil (*legitima*) nennt, aus dem Vermögen des Erblassers zu verlangen, es sey denn, dafs der Testator gerechte Gründe gehabt habe, sie auszuschliefsen, auch dafs diese Ausschliefsung in manchen Fällen in einer gewissen Form geschehen sey [s]. Da, wie sich nachher (§. 813. und §. 816. a. E.) zeigen wird, nicht alle sogenannten Notherben den Pflichttheil als Erbtheil fodern können, so ist im eigentlichen Sinn der Name Notherbe nicht unbedingt richtig, noch unpassender aber der Name *heres necessarius* [t].

§. 810.

Wer ist Notherbe? Die Personen, welche, sofern sie nämlich überhaupt erbfähig sind, einen Pflichttheil fodern können, sind I) die Descendenten, welche in der ersten Classe den Testator *ab intestato* vollständig würden beerbt haben, und insofern auch die *posthumi* [u]. Nur der, von einem Mann *minus plene* Adoptirte kann von demselben, und der Arrogirte und *plene* Adoptirte in diesem Zustande von seinem natürlichen Vater keinen Pflichttheil fodern [x]. II) Die Ascendenten, wenn sie von der Art sind, dafs sie dem

[s] I. F. de Retes adversaria de inofficioso testamento (Meermann Th. T. 6.). I. de Finestres praelectiones Cervarienses s. comm. ad Tit. P. de inoff. test. Cervar. 1750. L. van de Poll de exheredat. et praeterit. Rom. et hodierna. Amstel. 1700. Hofacker D. sistens histor. iur. civ. de exheredat. et praeterit. La Lande de liberor. praeterit. et exheredat. (Meermann Thes. T. 4.). Glück de constituenda legit. par. quantitate (opusc. F. 2. 3.). Haubold de different. inter testam. nullum et inofficiosum. Lips. 1784. G. I. Stein Vers. über die Lehre des R. R. v. pflichtwidrigen Testamenten. Erlang. 1798. E. Schrader de nexu success. ab int. et querel. inoff. test. Goett. 1802. A. Heise de successoribus necessariis. Goett. 1802. A. Schweppe de querel. inoff. test. successori necessario in genere tali in singul. quovis casu concedenda, nec ne. Goett. 1803. Hübner disp. iur. civ. L. 1. c. 9.

[t] Denn im R. R. hat das Wort einen ganz andern Sinn. §. 1. I. de hered. qualit. (19. 2.). Ueberh. Heise l. c. §. 4.

[u] S. überh. oben §. 794. §. 1. I. de lib. exhered. (2. 13.) §. 2. I. de inoff. test. (2. 18.) L. 29. §. 1. de inoff. test. (5. 2.) Nov. 115. c. 3. Heise l. c. §. 16—35.

[x] §. 4. I. de exher. (2. 13.) L. 10. §. 1. C. de adopt. (8. 48.); auch oben §. 491.

Testator in der zweyten Classe *ab intestato* würden succedirt seyn [y]. III) Leibliche eheliche Geschwister, wenn ihnen eine infamirte oder schändliche Person vorgezogen werden soll, jedoch auch dann nur die vollbürtigen, und Halbgeschwister von väterlicher Seite [z]. IV) Die arme Ehefrau eines reichen Mannes [a]. Von den übrigen Intestat-Erben hat Niemand Ansprüche auf einen Pflichttheil [b], selbst wenn er nach Nov. 118. mit jenen Notherben ein gleiches, oder besseres Intestat-Erbrecht haben sollte [c]. Auch können die genannten Notherben nicht vereint den Pflichttheil fodern, sondern es gilt insofern eine Classification mit *successio ordinum*, daſs zuerst die Descendenten, dann aber die Ascendenten und Geschwister gerufen werden, und zwar zugleich, so weit sie zugleich Intestaterben sind [d]. Von den Geschwistern gehen also die *germani* den *consanguineis* vor [e], und die letzten erhalten gar nichts, wenn neben ihnen vollbürtiger Geschwister Kinder stehen [f]. Dabey gilt aber keine *successio graduum*, d. h. wenn ein vorgehender Notherbe zur Zeit des Todes des Erblassers lebt, und die Erbschaft nicht erhält, so kann nun der nachstehende Notherbe dieser Classe, sofern in Rücksicht seiner keine Transmission der Nichtigkeits- oder Rescissions-Klage eintrit [g], keineswegs einrücken [h]. Nach älterem Recht hieſs dieſs so viel, daſs nun die Reihe an den folgenden Ordo komme. Allein so weit es nun bey der Intestaterbfolge eine *successio ordinum* gibt (§. 679. 680.), so weit muſs diese nun auch

[y] Nov. 115. c. 4.

[z] L. 27. C. de inoffic. test. (3. 28.). Ueber die, dieſs Gesetz betreffenden Controversen s. Höpfner Comment. §. 473. not. 4. Glück Comment. §. 543.

[a] S. oben §. 789.

[b] L. 21. C. de inoffic. test. (3. 28.).

[c] Heise l. c. §. 11—14. Glück Comment. §. 543. nr. III.

[d] §. 1. I. de inoff. test. (2. 18.) L. 1. L. 14. L. 15. pr. L. 31. pr. eod. (5. 2.). Donellus Comm. L. 19. c. 7. Vinnius ad I. L. 2. T. 18. §. 3. Noodt Comm. L. 5. T. 2. A. M. ist Glück Diss. cit. §. 6. Dessen Comment. §. 554.

[e] Hofacker princ. T. 2. §. 1697. not. a.

[f] L. 6. pr. §. 1. h. t. (5. 2.). Heise l. c. §. 9. 10. Glück Comment. §. 543.

[g] S. §. 675. u. §. 818.

[h] L. 31. pr. de inoff. test. (5. 2.) L. 34. C. eod. (3. 28.). L. 9. §. 2. de lib. et posth. (28. 2.) L. 6. pr. de iniusto (28. 3.) L. 4. §. 1. de B. P. c. t. (37. 4.) L. 7. pr. si tab. test. null. (38. 6.). Glück Comment. §. 543. not. 34. not. 51. §. 554. A. M. ist Schrader l. c. §. 81. fgg.

negativ wirken, d. h. sie gibt zwar kein Recht auf den Pflichttheil, hindert aber das Recht eines andern Notherben.

§. 811.

Wie viel ist der Pflichttheil?

Der Pflichttheil war ehemals der vierte Theil der Intestat-Portion des Notherben [*i*]. Jetzt ist er zwar gleichfalls ein Theil der Intestat-Portion, aber bald die Hälfte, bald ein Drittheil, je nachdem nämlich fünf und mehr, oder vier und weniger Intestat-Erben da sind, wobey denn Stämme und Linien für Eine Person gelten [*k*]. Enterbte Intestat-Erben werden, wie die, welche beym Leben des Erblassers dem Pflichttheil entsagten, mitgerechnet, und zwar um erst die Gröfse der Intestat-Portion zu bestimmen (*partem faciunt ad minuendam legitimam*), dann aber auch als Concurrenten, um auszumitteln, welchen Theil der Intestat-Portion der Notherbe haben müsse (*numerum faciunt ad augendam legitimam*) [*l*]. Dem unmündigen Arrogirten gebührt aber stets seine *Quarta Divi Pii* [*m*], und der armen Ehefrau ihr Kopftheil, oder ihr Viertheil [*n*]. Beide müssen aber, wie der Enterbte, wenn andre Notherben da sind, mitgezählt werden, um zu bestimmen, ob der Notherbe die Hälfte, oder ein Drittheil seiner Intestat-Portion verlangen könne, und eben diefs mufs denn auch da befolgt werden, wo nach Deutschen Gesetzen Ehegatten eine statutarische Portion fodern können [*o*]. Uebrigens ist der Pflichttheil nach der Gröfse des Vermögens im Augenblick des Todes zu berechnen [*p*], und zwar natürlich nach Abzug aller

[*i*] L. 8. §. 9. de inoffic. test. (5. 2.) L. 31. C. eod. (3. 28.). Chiflet. de portione legitima (Otto Thes. T. 5.). Zepernick hist. iur. civ. de port. legitima parentum. Hal. 1733. I. O. Westenberg Diss. 1 — 4. de port. legitima. (opp. T. 1.). G. Möller d. Lehre v. Pflichttheil. Amb. u. Sulzb. 1801.

[*k*] Nov. 18. c. 1. S. besonders Glück Diss. cit. §. 7. fgg. Dessen Comment. §. 544. A. M. ist Schöman Handb. 1. B. S. 75 — 83.

[*l*] L. 8. §. 8. L. 17. de inoffic. test. (5. 2.) Nov. 18. c. 1. Nov. 39. c. 1. H. de Cocceii de liberis qui partem et numerum faciunt (Ex. V. 2. n. 60.). Glück Comment. §. 548. 549.

[*m*] S. oben §. 490.

[*n*] S. oben §. 689.

[*o*] Glück D. c. §. 23. Dessen Comment. §. 547.

[*p*] L. 6. C. de inoffic. test. (3. 28.). Voet Comm. L. 5. T. 2. §. 51 — 56. Verschiedene Ausnahmen vertheidigt Wernher lect. comm. eod. §. 8.

Schulden [q]; auch muſs der Notherbe alles darin einrechnen, was er durch eine Disposition auf den Todesfall erhielt [r]. Was zu conferiren ist (§. 731. fgg.), braucht er in der Regel nicht in den Pflichttheil einzurechnen [s]; doch machen die Brautgabe und *donatio propter nuptias*, wo sie zu conferiren sind, eine Ausnahme, so wie Geschenke zur Anschaffung einer wiederverkäuflichen Bedienung [t].

§. 812.

Fortsetzung. Der Pflichttheil muſs dabey, selbst bey gegenseitigen Fideicommissen der Kinder, schlechthin vom Augenblick des Todes ohne alle Belästigung und Beysatz gegeben werden [u], also auch nicht mehr, wie es sonst zum Theil erlaubt war, unter Bedingungen [x], oder aus künftigen Revenüen der Masse [y]; auch sind Schenkungen unter Lebenden, so weit sie die Verringerung des Pflichttheils bezwecken, ungültig [z]. Dabey haben wir die, noch jetzt von Manchen mit Recht befolgte Vorschrift, daſs der Erbe, welcher den Pflichttheil nicht gutwillig auszahlt, zur Strafe noch $\frac{1}{3}$ mehr herausgeben muſs [a]. Will der Erblasser, daſs der Notherbe in Betreff des Pflichttheils einer Belästigung unterworfen werde, so muſs er demselben, vermöge der Socinischen Cautel, mehr als den Pflichttheil hinterlassen, und den Erwerb dieses Mehreren von jener Bedingung abhängig machen. Ist das Letzte nicht geschehen, und ist die Belästigung auf das Ganze gelegt, so kann der Notherbe das Ganze annehmen, aber verlangen, daſs ihm der Pflichttheil völlig frey gelassen werde [b], ja sogar, wenn die Be-

[q] L. 8. §. 9. de inoffic. test. (5. 2.).

[r] L. 8. pr. C. h. t. (3. 28.) L. 8. §. 6. D. eod. (5. 2.).

[s] L. 20. pr. C. de collat. (6. 20.).

[t] L. 25. pr. h. t. (5. 2.) L. 30. §. 2. C. eod. (3. 28.) L. 20. C. de collat. (6. 20.). Glück Comment. §. 547.

[u] L. 32. C. de inoffic. testam. (3. 28.). Glück Comment. §. 546.

[x] L. 4. pr. L. 6. §. 1. de hered. inst. (28. 5.). Westphal v. Testamenten. §. 405—412. 444. 542. S. oben §. 803.

[y] Glück und Geigers Rechtsf. 2. B. S. 4.

[z] Tit. C. de inoffic. donat. (3. 29.) Nov. 92. c. 1. Müller ad Leyser Obs. 226. S. auch unten die Lehre v. d. donatio inofficiosa. §. 904.

[a] L. 33. pr. C. h. t. (3. 28.). Glück Comment. §. 546. a. E. §. 550. not. 91.

[b] H. W. Koch über die Socinische Cautel. Gieſs. 1786.

dingung überhaupt eine solche ist, unter welcher der Notherbe nicht eingesetzt werden darf [*c*], das ganze Testament als nichtig anfechten [*d*]. Schwerlich aus jenem Grundsatz abzuleiten, aber klar in den Gesetzen enthalten, ist die Vorschrift, daſs die Mutter den, von ihr ihren Kindern hinterlassenen Pflichttheil dem väterlichen Nieſsbrauch nicht entziehen dürfe [*e*].

§. 813.

Einsetzung der Notherben.

Ehemals brauchte der Notherbe nicht zum Erben eingesetzt zu werden, und der Erblasser konnte denselben bloſs *titulo singulari* abfinden [*f*]. Jetzt müssen Aeltern und Kinder zu Erben eingesetzt werden; doch kann der Erblasser ihnen dabey bestimmte einzelne Sachen *titulo singulari* als ihre Portion anweisen [*g*], wobey sich jedoch, nach der Meynung Mancher, die Kinder, wenn sie ihr ideales verhältniſsmäſsiges Recht auf alle Theile der Masse beybehalten wollen, nicht zu beruhigen brauchen, ohne aber das ganze Testament anfechten zu können [*h*]. In Betreff der Brüder ist das ältere Recht unverändert geblieben [*i*]. Dagegen braucht dem *arrogatus impubes*, und der Wittwe der Pflichttheil gar nicht ausgesetzt zu werden, weil sie, wenn es nicht geschehen ist, keine Klage gegen das Testament haben [*k*].

§. 814.

Enterbung. Präterition.

Will Jemand seinen Notherben gültig vom Pflichttheil ausschlieſsen, so müssen 1) rechtmäſsige Gründe dazu vorhanden seyn. Diese können entweder A) darin liegen, daſs der Notherbe wegen

G. L. Boehmer de liberis fideicommisso oneratis §. 9. (Elect. T. 1. n. 6.). Pufendorf T. 2. Obs. 82. T. 4. Obs. 8. Müller l. c. Obs. 228. 229.

[*c*] S. oben not. x.

[*d*] S. besonders Höpfner Comment. §. 491. not. 8.

[*e*] Nov. 117. c. 1. pr. Bauer de usufr. et administr. legit. patri non adim. in pecul. (op. T. 1. n. 29.).

[*f*] L. 8. §. 6. h. t. (5. 2.) L. 29. C. eod. (3. 28.).

[*g*] Nov. 115. c. 3. 4. 5. pr. Poll de exheredat. c. 25. Pufendorf T. 4. Obs. 45. Abweichend sind Faber err. pragm. Dec. 14. E. 6. Schilter Ex. 14. §. 6. Vaudius var. quaest. qu. 5. Madihn de viciss. subst. exempl. §. 11. A. M. ist Gönner über den Begriff eines Notherben. Landshut. 1812.

[*h*] Glück Comment. §. 548.

[*i*] Hofacker T. 2. §. 1717.

[*k*] S. unten §. 816. a. E.

seiner Verdorbenheit die Ausschliefsung verdient hat (*exheredatio ob ingratitudinem*). Ehemals war hier alles der Willkühr des Richters überlassen. Jetzt aber sind in Rücksicht der Descendenten und Ascendenten gewisse Ursachen festgesetzt, welche durchaus durch keine logische Ausdehnung vermehrt werden sollen [*l*]; allein in Rücksicht der Geschwister bleibt alles beym Alten [*m*]. Hat aber der Erblasser dem Notherben vor, oder nach dem Testament, sein Vergehen förmlich verziehen, so findet nun defshalb keine weitere Ausschliefsung statt [*n*]. Aufserdem kann B) die Ausschliefsung auch in guten Absichten (*bona mente*), und zwar noch jetzt [*o*], geschehen; auch nicht blofs in den beiden Fällen, welche die Pandekten nennen [*p*], sondern überall, wo derselbe Grund eintrit [*q*]. Nach Justinians Vorschrift müssen 2) die, in Ansehung der Descendenten und Ascendenten gebilligten Gründe der Ausschliefsung namentlich im Testament angeführt werden [*r*]; und eben diefs ist erfoderlich, wenn die Ausschliefsung in guter Absicht geschieht [*s*]. Endlich mufs 3) der Vater (nicht die Mutter, Ascendenten, und Geschwister) seine Descendenten ohne Rücksicht des Geschlechts und des Grades namentlich, d. h. genau bezeichnet, exherediren [*t*]. Soll eine solche Exheredation förmlich seyn, und nicht als Präterition gelten, und wirksam seyn und bleiben, so mufs sie

[*l*] Nov. 115. c. 3. 4. Meine Vers. 1. B. S. 325—30. Meine Theorie d. log. Ausl. S. 73. 74. Cocceii Ius cont. L. 5. T. 2. qu. 13. A. M. ist Köchy Meditat. 1. S. n. 21. Ueber die einzelnen Fälle s. Glück Comm. §. 551.

[*m*] Die Ideen sind hier sehr verschieden. Vergl. Cocceii l. c. qu. 12. Müller Obs. 231. Hofacker §. 1694. Stein §. 15. 34. 47. Glück a. a. O. §. 551.

[*n*] Vergl. Pufendorf T. 2. Obs. 8. mit Glück a. a. O. §. 551. Müller Obs. 531.

[*o*] Denn Nov. 115. handelt nicht von dieser. Hofacker §. 1702. Stein §. 42. Glück Comment. §. 551. I. Schulte de exheredat. bona mente. Goett. 1774. §. 17. A. M. ist H. F. A. Muhl exher. bona mente fact. iure nov. Rom. admittend. non esse. Frkf. ad V. 1800.

[*p*] L. 12. §. 2. de bon. libertor. (38. 2.) L. 18. de lib. et posth. (28. 2.).

[*q*] Schulte §. 14.

[*r*] Nov. 115. c. 3. 4.

[*s*] L. 16. §. 2. de curat. furiosi (27. 10.). Pufendorf T. 2. Obs. 192. §. 4. Schulte §. 13.

[*t*] L. 34. de cond. et demonstr. (35. 1.) L. ult. C. de liberis praeter. (6. 28.).

nach den Gesetzen [u] in einem Testament, welches an sich gültig ist und bleibt [x], namentlich und bestimmt [y], von der ganzen Erbmasse, und von allen Graden [z], und endlich unbedingt geschehen [a], also auch nicht auf den Todesfall des Notherben [b]. Doch ist es erlaubt, einen Notherben unter einer Bedingung zu enterben, wenn man ihn zugleich unter einer, das Gegentheil derselben enthaltenden Bedingung einsetzt [c].

§. 815.

Rechtsmittel. Aelteres Recht.

Um in der schwierigen Materie von der Ungültigkeit der Testamente wegen Ausschliefsung der Notherben [d] sich nicht zu verwirren, mufs man durchaus zuvörderst das Recht, welches vor Nov. 115. galt, genau kennen zu lernen suchen, und dann weiter fragen, welche Aenderungen hierin durch die Novelle vorgenommen sind? Das Haupt-Princip des ältern Rechts unmittelbar vor Nov. 115. war: wenn das, was das geschriebene Recht in Rücksicht der Einsetzung oder Enterbung fodert, nicht beobachtet ist, so wird das Testament von den Civil-Notherben als vom Anfang an nichtig (*nullum*), oder (von den *posthumis*) als in der Folge nichtig geworden (*ruptum*) angefochten; die prätorischen Notherben suchen dagegen *bonorum possessio contra tabulas*. Liegt jedoch der Fehler blofs darin, dafs dem Notherben zu wenig gegeben ist, so hat er nur eine suppletorische Klage auf Ergänzung des Pflichttheils, wobey die, gleich weiter auszuführenden Singularitäten der *querela*

[u] Die Praxis ist hier gern gelinder. Höpfner §. 474—476.

[x] §. 2. I. de codicillis (2. 25.) L. 3. §. 2. de lib. et posth. (28. 2.).

[y] S. vorhin not. t.

[z] L. 1. pr. de hered. inst. (28. 5.) L. 3. §. 2. 3. 4. 5. de lib. et posth. (28. 2.). Poll l. c. cap. 77. Westphal §. 588—595. Glück Comment. §. 551. a. E.

[a] L. 3. §. 1. de lib. et posth. (28. 2.) L. 18. pr. de bon. poss. contra tab. (37. 4.).

[b] L. 13. §. 2. de lib. et posth. (28. 2.).

[c] Da dem Notherben der Pflichttheil auch nicht einmal mehr sub conditione potestativa hinterlassen werden darf, so kann man jetzt das, was L. 86. de hered. inst. (28. 5.) von der casualis sagt, nunmehr unbedingt stellen.

[d] Die Hauptschriften sind schon oben zu §. 809. fgg. angeführt. S. auch Retes de bonor. poss. contra tab. (Meermann Th. T. 6.). F. G. C. Sartorii D. de B. P. quam contra tab. parent. et lib. agn. Lips. 1775.

inofficiosi testamenti nicht eintreten [e]. Ist dagegen die Enterbung oder Uebergehung förmlich geschehen, so ist das Testament nach der Strenge des Rechts gültig; doch kann der, ohne gerechten Grund ausgeschlossene Notherbe durch die, auf der Praxis beruhende *querela inofficiosi testamenti* auf Rescission des Testaments dringen, welche Klage im gleichen Fall auch dem prätorischen Notherben gestattet ist. Dabey gab der Prätor auch den Civil-Notherben auf Verlangen *bonorum possessio contra tabulas.* Focht aber kein bürgerlicher oder prätorischer Notherbe, weil er nicht wollte, oder sich versäumt hatte, das Testament als ungültig an, so gab der Prätor daraus, wie aus einem gültigen Testament, *bonorum possessio secundum tabulas* [f], selbst gegen ein älteres, nach der Strenge gültiges Testament, wenn nämlich der, im letzten eingesetzte Erbe nach Entfernung des wegfallenden Notherben ohnehin Intestat-Erbe gewesen seyn würde. In diesem letzten Fall kann denn auch der prätorische Notherbe, welcher im ersten Testament gültig exheredirt ist, gegen das zweyte *bonorum possessio contra tabulas* suchen [g]. Aufserdem gibt der Prätor, wenn ein übergangener *posthumus* vor des Erblassers Tode wegfällt, aus dem Testament *bonorum possessio secundum tabulas* [h], welches man fast allgemein auf den Fall ausdehnt, wenn der Uebergangene schon zur Zeit der Testaments-Errichtung als Notherbe existirte, und vor dem Erblasser wegfiel [i].

§. 816.

Fortsetzung. Hierauf gründen sich denn, in Vergleichung mit den allgemeinen Grundsätzen über Einsetzung der Notherben (§. 809—814.) folgende Unterscheidungen: I) Hat der Vater 1) die Kinder nicht förmlich enterbt, oder eingesetzt, so fechten die *sui* das

[e] L. 35. §. 2. C. de inoffic. test. (3. 28.). Schweder de cond. ex lege ad supplem. legit. comparat. Tub. 1696. Glück Comm. §. 550. Schmidt v. d. Kl. §. 549. fgg.

[f] L. 17. de iniusto rupto (28. 3.) L. 2. pr. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

[g] L. 12. §. 1. de b. p. c. t. (37. 4.). Darüber: Koch a. a. O. S. 313 — 422. vergl. mit Weber in d. Anmerk. z. Höpfner Comm. §. 659. not. 3.

[h] L. 12. pr. de iniusto rupto (28. 3.).

[i] Weber a. a. O. not. 3. zu §. 660.

Testament als *nullum* oder *ruptum* an [*k*], oder suchen dagegen *bonorum possessio contra tabulas* [*l*]. Emancipirte haben, als prätorische Notherben, allein das letzte Mittel [*m*]. Sind 2) die Kinder förmlich, zur Strafe, oder *bona mente*, enterbt, so haben sie die *querela inofficiosi testamenti* [*n*]. II) Die Mutter hat nach den geschriebenen Gesetzen gegen ihre Kinder im Testament nichts zu beobachten, und eben so wenig das Kind gegen Ascendenten. Ungerechte Uebergehung, oder Enterbung kann hier also stets von dem Kinde und den Aeltern nur als unbillig durch die *querela inofficiosi testamenti* angefochten werden [*o*]; doch kann der Vater, als Patron seines emancipirten Sohnes, *bonorum possessio contra tabulas* bis auf den Pflichttheil erhalten, oder so weit der Sohn ihm eine schändliche Person vorgezogen hat [*p*]. III) Brüder haben auch stets nur die *querela inofficiosi testamenti*, und zwar blofs gegen eine, ihnen vorgezogene schändliche Person [*q*]. IV) Einige Notherben können das Testament gar nicht anfechten. Nämlich der arrogirte Unmündige kann die, ihm als Legat gebührende *Quarta Divi Pii* (§. 490.) nur durch eine persönliche Klage vom Erben abfodern [*r*], und der armen Ehefrau steht wegen ihres Erbtheils (§. 689.) gleichfalls nur eine eben solche Klage zu [*s*].

§. 817.

Nichtigkeitsklage. B. P. c. t. Die Nichtigkeitsklage des bürgerlichen, die des prätorischen Erben, und die *querela inofficiosi* stimmen darin überein, dafs sie in der gehörigen Ordnung anzustellen sind [*t*], zu den quali-

[*k*] Pr. I. de exher. lib. (2. 13.) L. 30. de lib. et posth. (28. 2.) L. 1. de iniusto rupto (28. 3.).

[*l*] §. 12. I. de hered. quae ab intest. (3. 1.). Sartorius de b. p. c. t. §. 25.

[*m*] §. 2. 3. I. de exher. lib. (2. 13.) L. 8. pr. de b. p. c. t. (37. 4.). Koch §. 8. 23.

[*n*] L. 1. 2. 3. de lib. et posthum. (28. 2.).

[*o*] §. 2. §. 7. I. de exher. lib. (2. 13.) §. 1. I. de inoffic. test. (2. 18.) L. 2. §. 2. L. 3. de b. p. c. t. (37. 4.) L. 30. C. h. t. (3. 28.).

[*p*] L. 1. §. ult. L. 3. si quis a parente manum. (37. 12.).

[*q*] S. oben §. 810.

[*r*] L. 8. §. 15. h. t. (5. 2.) L. 2. §. 1. fam. herc. (10. 2.) L. 1. §. 21. de collat. (37. 6.).

[*s*] Denn Nov. 53. c. 6. gibt ihr nicht das Recht, ein Testament anzufechten. Glück Intestat-Erbf. §. 122. Dessen Comm. §. 543. pr.

[*t*] So lange nämlich die vorgehende Classe der Notherben sich beschweren kann und will, fällt die folgende weg. S. oben §. 810. a. E.

ficirten Erbschaftsklagen (§. 738.) gehören [u], und ein, aus keinem andern Grunde nichtiges Testament voraussetzen [x]. Allein jede zeichnet sich von der andern bedeutend aus. Man bemerke, I) wenn der Civil-Notherbe die Nichtigkeitsklage anstellt, so wird dadurch das ganze Testament nebst allen Anhängen vernichtet [y]. II) Die *bonorum possessio contra tabulas* vernichtet das Testament nur insoweit, als kein andrer Notherbe auf seine Intestat-Portion eingesetzt ist, oder das Testament anfechten kann [z]. Soweit sie das Testament umwirft, braucht der prätorische Notherbe die Legate nicht zu bezahlen, ausgenommen nach seinem Antheil an verbundene Personen; auch wird dadurch die Pupillar-Substitution nicht umgeworfen, falls nicht der Kläger selbst der Pupillar-Substitut ist [a]. Der Civil-Notherbe, welcher *bonorum possessio c. t.* erhielt, braucht aber gar keine Legate zu zahlen [b]. Will ein übergangener Notherbe, neben welchem ein andrer übergangener Notherbe steht, das Testament nicht anfechten, so wächst diesem zu, was jener aufgibt [c]; es kann sogar ein eingesetzter Notherbe, welcher noch nicht als Erbe gehandelt hat, *bonorum possessio c. t.* agnosciren, wenn neben ihm ein andrer dazu befugt ist (*si alius edictum committit*), und er kann dann (*quia ei edictum committitur*) sogar mit in die Rechte des letzten eintreten, wenn derselbe die *B. P. c. t.* nicht agnosciren will, oder sie zu agnosciren versäumt hat [d]. III) Ist ein Testament nach dem Civil- oder prätorischen Recht nichtig, so wird, wenn ein vorgehender Notherbe

[u] Auch die querela inofficiosi. L. 8. §. 8. L. 20. de inoff. test. (5. 2.) L. 34. C. eod. (3. 28.). Stein a. a. O. §. 22. A. M. ist Cocceii L. 5. T. 2. qu. 2.

[x] §. 2. I. de inoff. test. (2. 18.) L. 1. §. 9. L. 2. de b. p. c. t. (37. 4.). Sartorius l. c. Sect. 1. §. 3.

[y] L. 7. de lib. et posthum. (28. 2.) L. 1. de iniusto rupto (28. 3.).

[z] L. 10. §. 5. de b. p. c. t. (37. 4.). Averan int. L. 1. c. 7. Vergl. auch Koch §. 8.

[a] L. 1. L. 15. §. 1. 2. de legat. praest. (37. 5.) L. 6. §. 9. si quis omissa caussa test. (29. 4.) L. 22. L. 34. §. ult. L. 35. de vulg. et pup. subst. (27. 6.) L. 103. §. 2. 3. de leg. 3. (32.).

[b] L. 15. pr. de legat. praest. (37. 5.).

[c] L. 1. §. 12. L. 5. pr. §. 2. de coniung. cum emancip. lib. (37. 8.) L. 3. §. 6. L. 9. de collat. (37. 6.).

[d] L. 3. §. 11. L. 10. §. 6. L. 14. pr. de b. p. c. t. (37. 4.). Sartorius l. c. S. 1. §. 5. Koch S. 121. Carpzov P. 3. C. 10. Def. 3. Weber zu Höpfner §. 659. not. 3.

wegfällt, neben dem kein andrer steht, dem nach dem Obigen etwas accresciren kann, die Nichtigkeitsklage auf den nächsten Ordo übertragen [*e*].

§. 818.

Querela inofficiosi.

Eine ganz eigenthümliche Natur hat IV) die *querela inofficiosi testamenti*, welche folgende Hauptsätze charakterisiren: 1) Die Klage kann nur gegen den testamentarischen Erben, und die, welche an dessen Stelle treten, nach der Antretung angestellt werden [*f*], und fällt daher insoweit weg, als der Querulant Nachfolger des Testaments-Erben ward [*g*]. 2) Der Querulant mufs, wenn er ein Kind ist, seine bisherige gute Aufführung, sonst aber mufs der Beklagte erweisen, dafs der Querulant die Ausschliefsung verdient habe [*h*]. 3) Die Erbeneinsetzung wird nur insoweit durch den Kläger, welcher aber nach §. 810. auf allen Fall Intestat-Erbe seyn mufs, umgeworfen, als der Beklagte nicht Intestat-Erbe ist, oder mehr als eine Intestat-Portion erhalten hat [*i*]. Brüder rescindiren aber das Testament nie weiter, als auf den Theil der, ihnen vorgezogenen schändlichen Person [*k*]. Was der Sieger auf diese Art erhält, verbleibt ihm, soweit er Intestat-Erbe ist, sonst fällt es den näheren Intestat-Erben, welche den Sieger wegen der Procefs-Kosten zu entschädigen haben [*l*], zu, der Sieger habe nun das Testament ganz umgeworfen, oder zum Theil [*m*]. 4) Wird gegen den Beklagten *in contumaciam* erkannt, so bleiben alle Vermächtnisse stehen [*n*]. Sonst aber fallen Vermächtnisse so weit, als die Erbeneinsetzung rescindirt wird, selbst wenn die Codicillar-Clausel hinzugefügt seyn sollte [*o*]. 5) Die Querel ward durch die Fiction begründet, dafs der Erblasser seines Verstandes

[*e*] L. 1. §. 8. L. 3. pr. §. 5. L. 4. §. 1. L. 6. §. 1. L. 11. §. 1. eod. L. 9. §. 2. de lib. et posth. (28. 2.) L. 5. pr. de iniusto (28. 3.).

[*f*] L. 1. L. 10. C. h. t. (3. 28.).

[*g*] L. 31. §. 2. h. t. (5. 2.).

[*h*] L. 28. C. eod. Stein a. a. O. §. 34.

[*i*] L. 8. §. 5. L. 15. §. 2. L. 19. D. eod.

[*k*] L. 24. eod.

[*l*] Wernher P. 1. Obs. 270.

[*m*] L. 19. h. t. (5. 2.). Ueber die verschiedenen Meynungen: C. F. Hommel victoria querel. inoff. test. tertio proficua. Lips. 1719. Voet L. 5. T. 2. §. 11. Koch succ. ab int. Auct. I. Stein a. a. O. §. 39. Schrader Diss. cit. §. 64. fgg.

[*n*] L. 17. §. 1. eod. L. 14. de appellat. (49. 5.).

[*o*] L. 8. §. 5. h. t. (5. 2.). Auch oben §. 785.

beraubt gewesen sey [*p*]. Daraus folgt (aufser dem, was eben über die Codicillar-Clausel gesagt ist), dafs sie A) nur auf einen fünfjährigen Zeitraum beschränkt ist [*q*]. B) Will, oder kann der Ausgeschlossene nicht queruliren, so treten die, neben demselben zur Querel gerufenen Notherben insofern an dessen Stelle (*querela iis accrescit*), dafs es angesehen wird, als ob der Wegfallende nicht existirt habe [*r*]; sonst kommt die Reihe an die nächste Classe der Notherben [*s*]. Auf die Erben geht die Querel nur über, wenn sie präparirt, d. h. wenn sie angestellt, oder mit Anstellung derselben gedroht ist [*t*], wohin denn auch der Fall gehört, wenn der Notherbe vor Anstellung der Querel *bonorum possessio ab intestato*, wodurch er aber die Erbschaft selbst noch nicht erhalten kann [*u*], agnoscirt; daher denn auch diese Art der *B. P. ab intestato* den Namen: *bonorum possessio litis ordinandae gratia* erhält [*x*]. Auf die Descendenten geschieht dagegen die Transmission der Querel auch ohne Präparation in dem Fall, wenn ihr Ascendent, während der Deliberation des eingesetzten Erben, starb [*y*]. C) Wer nicht pflichtmäfsig [*z*], also für sich selbst, oder freywillig für einen Andern [*a*], querulirt, und abgewiesen wird, verliert, wenn die Abweisung wirklich, auch nicht *in contumaciam* geschah [*b*], zur Strafe alles, was ihm im Testament hinterlassen ist [*c*]. Nimt er dagegen 6) selbst [*d*] etwas aus dem Testament an, so schliefst er sich dadurch von der Querel aus [*e*]. 7) Niemand kann der

[*p*] pr. I. h. t. (2. 18.) L. 2. eod. (5. 2.). E. F. Klein de orig. querel. inoff. test. Hal. 1795. Stein §. 23.

[*q*] L. 8. §. ult. eod. L. 34. C. eod. (3. 28.).

[*r*] L. 16. pr. L. 17. pr. L. 23. §. 2. h. t. (5. 2.) L. 34. C. eod. (3. 28.). Pufendorf T. 2. Obs. 9. §. 9.

[*s*] S. oben §. 810. a. E.

[*t*] L. 6. §. 2. L. 7. eod. L. 5. C. eod. (3. 28.).

[*u*] L. 2. C. h. t. (3. 28.).

[*x*] L. 6. §. 2. L. 7. L. 8. pr. D. eod. (5. 2.). Stryk succ. ab int. Diss. 9. c. 7. §. 2. Lauterbach coll. L. 37. T. 10. §. 8. Hugo Rechtsg. 2. Aufl. §. 164. not. *. A. M. sind Averan int. L. 1. c. 8. Hofacker princ. T. 2. §. 1647. Koch bon. poss. §. 10. Stein l. c. §. 20.

[*y*] L. 32. C. h. t. (3. 28.). Stein §. 44. Falsche Ideen haben Hellfeld iur. for. §. 559. C. F. Walch de transitu querel. inoffic. test. ad heredes. Ien. 1772.

[*z*] §. 5. I. h. t. (2. 18.)

[*a*] L. 5. §. 11. de his quae ut indign. (34. 9.).

[*b*] L. 8. §. 14. h. t. (5. 2.).

[*c*] Stein §. 40.

[*d*] L. 12. §. 3. eod.

[*e*] L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. L. 32. §. 1. eod.

Querel beym Leben des Erblassers gültig entsagen [*f*]; doch wird diefs jetzt nicht mehr befolgt [*g*]. Viele glauben, der Sohn habe bey der Nichtigkeitsklage bey dem Leben des Erblassers gültig seinem Recht entsagen können, und der Prätor habe dann aus dem Testament *bonorum possessio secundum tabulas* ertheilt. Allein kein Gesetz ist allgemein dafür, und die Grundsätze der Römer über Erbverträge sind dawider. Nach Deutschem Recht läfst sich jedoch die Verbindlichkeit eines Entsagungsvertrages vertheidigen, und nach Römischem Recht wenigstens soviel, dafs aus einem Testament *B. P. sec. tabulas* ertheilt wird, worin der Sohn seine eigne Enterbung niedergeschrieben hat [*h*].

§. 819.

Neueres Recht.

In Ansehung der Brüder ist in diesem Allen durch Nov. 115. c. 3. 4. nichts geändert [*i*]; auch eben so wenig in Ansehung der suppletorischen Klage (§. 815.), und der *exheredatio bona mente* (§. 814.). Im Uebrigen enthält die Novelle folgende wichtige Aenderungen: I) Kinder und Aeltern sollen unter Anführung einer gesetzlichen Ursache, welche wirklich existirt, enterbt oder übergangen werden (wo nämlich nach dem älteren Recht (§. 814.) Exheredation nöthig, und Präterition erlaubt war), widrigenfalls soll die Intestat-Erbfolge eintreten. Sind also nun die Vorschriften des älteren Rechts nicht beobachtet, so fechten die Kinder das Testament durch die älteren Rechtsmittel als ungültig an; sind die neueren Vorschriften durch Anführung einer falschen, oder Unterlassung der Anführung einer gesetzlichen Ursache aufser Acht gelassen, so bestreiten sie es nach der Novelle (durch eine qualificirte Erbschaftsklage) als nichtig [*k*]. Kinder und Aeltern haben also die *querela inofficiosi testamenti* gar nicht mehr, und das, was aus der Natur der letzten, als einer rescissori-

[*f*] L. 35. §. 1. C. h. t. (3. 28.).

[*g*] Leyser Sp. 93. C. 3. Stein S. 175—77.

[*h*] L. 8. §. 6. de b. p. c. t. (37. 4.). Weber zu Höpfner §. 660. not. *.

[*i*] Abweichend zum Theil ist, mit Berufung auf eine angebliche Praxis, Stein v. pflichtw. Test. §. 38. not. n. Allein s. Müller ad Leyser Obs. 232.

[*k*] I. M. Schneidt de querel. inoff. test. inter parent. et lib. exule. Wirceb. 1778. Sect. II. (mit dem man jedoch die Klage nicht condictio nennen darf. Koch bon. poss. S. 148.). Boock Entw. d. Lehre v. d. Enterb. Schlsw. 1798. §. 28—31.

schen und odiosen Klage folgte (§. 818. nr. 5.), fällt bey dieser Nichtigkeitsklage durchaus weg [*l*]. Nimt man jedoch mit der Praxis an, daſs die *querela inofficiosi testamenti* nach der Novelle noch dann stattfindet, wenn die Form des ältern Rechts beobachtet, auch eine gesetzliche Ursach angeführt, diese aber falsch ist [*m*]: so muſs man auch die alten Folgen der Querel stehen lassen [*n*]. II) Sind die neuen Vorschriften der Novelle nicht beobachtet, so trit, — und dieſs kommt dann von selbst allen Intestat-Erben zu statten, — sofort die Intestat-Erbfolge ein; jedoch wird auch nur die Erbeneinsetzung vernichtet. Alles Andre, also auch die Pupillar-Substitution [*o*], bleibt stehen. Darum verliert man denn auch nicht das Recht, das Testament nach der Novelle anzufechten, wenn man von dem, welcher nicht Erbe ist, ein Vermächtniſs annahm, welches derselbe nicht aus der Hand des testamentarischen Erben erhielt [*p*]. Ist nicht einmal die Form des ältern Rechts beobachtet, so fallen die Legate, wie ehemals [*q*], und eben dieſs gilt von den Erbeneinsetzungen. III) Der eingesetzte Erbe muſs nun stets, selbst gegen Kinder, die Existenz der Enterbungsursache beweisen.

§. 820.

Fortsetzung. Wichtig ist hiebey noch die Frage: was ist durch die Novelle in Rücksicht des prätorischen Rechts geändert? Man bemerke: I) die *B. P. litis ordinandae gratia* fällt jetzt keineswegs als unnütz weg, sondern ist, wo man eine Querel annimt, zur Transmission noch immer wichtig [*r*]. II) Die *B. P. contra tabulas*, welche nun den emancipirten Kindern, da sie

[*l*] Boock §. 24.

[*m*] Ueber diese und andre Theorien s. Koch a. a. O. S. 130—186.

[*n*] Höpfner §. 535. Stein §. 40.

[*o*] Stein §. 38. A. M. ist Madihn princ. iur. Rom. de success. §. 159.

[*p*] Diesen Mittelweg gehe ich, unter Voraussetzung der gemeinen Theorie, zwischen Leyser Sp. 93. m. 7. Koch med. ad Schaumburg comp. Dig. m. 5. Höpfner Comm. §. 535. a. E. Stein §. 41. Müller ad Leyser Obs. 230. Nach der Schneidtischen Theorie (not. i.) fallen alle Unterscheidungen weg. L. 5. §. 1. de his quae ut indignis (34. 9.).

[*q*] Höpfner §. 528. not. 1. A. M. sind Gail Obs. L. 2. c. 13. Carpzov P. 3. C. 9. Def. 3. n. 2. Stryk de succ. ab int. Diss. 9. c. 5. §. 11.

[*r*] A. M. sind Koch bon. poss. §. 30. Stein §. 20.

jetzt auch Civil-Notherben sind, nicht mehr nothwendig ist, ward ertheilt, wenn die Vorschrift des ältern Rechts nicht beobachtet war. Dabey bleibt es auch noch jetzt, weil es nicht aufgehoben ist; aber man würde ohne Grund schliefsen, wenn man sie nun auch in den Fällen zulassen wollte, wo man nach Justinians neuen Vorschriften das Testament als nichtig anfechten kann [s]. Die ehemaligen Folgen der *B. P. c. t.* (§. 817.) müssen denn auch noch jetzt eintreten, wo sie zulässig ist, und darum ist denn auch die, vorhin (§. 815. a. E.) erwähnte *bonorum possessio secundum tabulas* noch jetzt nicht als aufgehoben anzusehen, wiewohl man sie aus eben jenen Gründen da verwerfen mufs, wo das Testament nach den neuen Vorschriften der Novelle nichtig ist, wenn auch der, im zweyten Testament eingesetzte Intestat-Erbe sich hier selbst nach dem neueren Civil-Recht in gewisser Maafse helfen kann [t].

§. 821.

B. P. ex ed. Carb. und ventr. nom.

Bey der, bisher erörterten Nichtigkeitsklage können noch zwey Arten der, nur einen vorläufigen Besitz ertheilenden *bonorum possessio* (§. 674.) vorkommen, welche zwar weitumfassender sind, aber doch erst hier in ihrem ganzen Umfange erläutert werden können. Es sind diese 1) die *bonorum possessio ex edicto Carboniano*. Der Inhalt des Edicts ist folgender: wenn ein Kind, welches nicht förmlich exheredirt ist [u], auf ein Intestat-Erbrecht Anspruch macht, also auch das Testament als nichtig bestreiten kann, oder als Kind des Erblassers ein testamentarisches Erbrecht hat [x], so kann dasselbe, wenn ihm die Kindschaft aus nicht völlig liquiden Gründen streitig gemacht wird [y], bis zu den Jahren der Mündigkeit gegen Sicherheit, oder, wenn diese nicht zu erlangen ist, unter Mitinmission seines cavirenden Gegners, oder der Aufsicht eines besondern *curatoris bonorum* [z], den interimistischen Besitz der Erbschaft zum Zweck der Alimentation erhalten, und

[s] Vergl. hier Koch a. a. O. S. 131—133. S. 345.

[t] Indem nämlich das zweyte Testament als Codicill behandelt wird, nach §. 712.

[u] L. 1. §. 8. de carb. edict. (37. 10.).

[x] L. 1. §. 3. 8. L. 3. pr. §. 3. eod. Koch bon. poss. S. 99. fgg.

[y] L. 1. §. 8. L. 5. §. 4. eod.

[z] L. 1. §. 1. L. 5. §. 2. 5. eod. L. 1. C. eod. (6. 17.).

Aufschiebung des Processes fodern [a]; doch ist es demselben zu seinem Vortheil erlaubt, den Procefs über den *status* gleich zur Entscheidung zu bringen [b]. Nach erlangter Mündigkeit mufs aber das Kind, unter Cautionsleistung, sich als Beklagter auf den Procefs einlassen [c]. Verliert es ihn, so fällt die Erbschaft den sonstigen Erben zu [d]; doch sind die genossenen Alimente nicht zu restituiren [e]. 2) Analogisch den bisherigen Grundsätzen [f] ward die *bonorum possessio ventris nomine* gestattet. Wenn nämlich bey dem Tode eines Mannes ein schwangeres Frauenzimmer vorhanden ist, dessen Embryo, wenn er geboren wäre, *B. P. ex edicto Carboniano* hätte erhalten können [g], so kann das Frauenzimmer einstweilen zu seiner Alimentation, und zwar in der Regel [h] ohne Rücksicht, ob es sich selbst ernähren kann, unter Beyordnung eines Curators, Inmission in die Güter des Verstorbenen erhalten [i]. Diese dauert bis dahin, dafs das Kind lebendig oder todt geboren, oder die Inmittirte nicht schwanger befunden wird [k]. Irrte sie im letzten Fall über ihre Schwangerschaft, so gibt sie die genossenen Alimente nicht zurück [l]. — Da übrigens diese beiden Arten der *B. P.* unter andern allgemein stattfinden sollen, wo die Intestat-Erbfolge eintrit, so mufs man sie nun auch zulassen, wenn das Testament aus den neuen Gründen der Nov. 115. nichtig ist [m].

Zweyter Titel.

Ueber Ungültigkeit einer Disposition aus andern Gründen, aber nicht zur Strafe des Honorirten.

§. 822.

I) Nichtigkeit vom Anfange.

Ein letzter Wille kann aufserdem aus mancherley Gründen ganz oder zum Theil [n] gleich anfangs nichtig seyn, oder in der Fol-

[a] L. 5. §. 3. L. 6. §. 5. D. eod.

[b] L. 3. §. 5. eod.

[c] L. 6. §. 6. eod.

[d] L. 2. §. 12. ad SCt. Tert. (38. 17.).

[e] L. 5. §. 3. h. t. (37. 10.) L. 2. C. eod. (6. 17.).

[f] L. 10. de B. P. c. t. (37. 4.) L. 1. §. 14. 15. de ventre in poss. mitt. (37. 9.).

[g] L. 1. §. 2. 12. L. ult. eod.

[h] Eine Ausnahme enthält L. 6. eod. Lauterbach coll. L. 37. T. 9. §. 3. 5.

[i] L. 1. §. 27. L. 5. eod.

[k] L. 1. §. 27. cit.

[l] L. 1. §. ult. L. 3. ibid.

[m] Koch bonor. poss. §. 6. S. 77. 78. §. 7. S. 98 — 103.

[n] Nach dem Princip §. 808. nr. II.

ge werden. Gleich anfangs ungültig sind I) alle Testamente und Codicille, wobey die äussere Form [o], oder das, was überhaupt zu einer Willensordnung gehört [p], nicht beobachtet ist. Ferner kann II) eine Ungültigkeit darin liegen, wenn der Honorirte nicht existirt, oder unfähig ist, und unversteckt bedacht ward [q]. III) Wenn die Disposition in sich aus andern Gründen gleich anfangs ungültig ist, also wenn eine gültige, auf die Gegenwart oder Vergangenheit bezogene Bedingung nicht existirt [r], wenn dem Commerz entzogene, fremde, oder eigene Sachen des Honorirten vermacht sind [s], oder Bedingungen gemacht wurden, welche die Ungültigkeit der Disposition nach sich ziehen [t].

§. 823.

SCt. Libonianum.

Besonders auszuheben ist hier noch die Vorschrift des *SCti Liboniani* [u], vermöge dessen jede Disposition ungültig ist, welche Jemand zu seinem Vortheil, oder derer, durch welche er erwirbt, jedoch nur insofern, als er durch sie erwirbt, selbst geschrieben hat [x]. Zugleich trifft den Schreibenden die Strafe des Falsi [y], auch dann, wenn er ihm auferlegte Legate widerrief [z]. Diese Strafe fällt aber weg, wenn der Schreibende durch Befehl, oder Irrthum, welcher letzte von Soldaten vermuthet wird [a], bewogen ward [b]; auch ist selbst die Disposition gültig, wenn der Erblasser im Testament das Geschriebene genehmigt [c], oder der Schreibende alleiniger Intestat-Erbe ist [d].

[o] S. oben §. 691. fgg. 780. fgg.

[p] Vergl. §. 778 – 800.

[q] L. 3 pr. §. 1. de his quae pro non script. (34. 8.) vergl. mit §. 797.

[r] L. 10. §. 1. de cond. instit. (28. 7.) L. 120. de V. O. (45. 1.).

[s] S. oben §. 749. fgg.

[t] Die Fälle enthalten §. 803. 804.

[u] Stryk de cautel. test. cap. 20. I. I. Mascov de his qui sibi adscrib. in test. ad explicationem SCti Liboniani. Lips. 1731. I. W. Markart Exerc. n. 3.

[x] L. 11. pr. §. 1. L. 18. pr. L. 22. §. 2. de lege Cornel. de falsis (48. 10.) L. 5. de his quae pro non script. (34. 8.).

[y] L. 6. pr. L. 10. L. 15. de L. Cornelia (48. 10).

[z] L. 5. L. 6. §. 2 eod.

[a] L. 5. C. de his qui sibi adscr. (9. 23).

[b] L. 6. C. eod.

[c] L. 2. C. eod.

[d] L. 1. C. eod.

§. 824.

II) In der Folge eintretende; 1) durch cap. demin.

Eine anfänglich gültige Disposition kann in der Folge ungültig werden, I) wenn der Erblasser den rechtlichen Zustand (§. 797.), welcher zum Testiren erfoderlich ist, verliert [e], in welchem Fall man sie *irrita* nennt [f]; doch hat die *capitis deminutio minima* keinen Einfluſs auf das, über das *peculium militare* errichtete Testament [g]. Erhält Jemand die Freyheit und das Bürgerrecht in der Folge wieder, so gibt der Prätor ohne weiteres aus dem Testament *bonorum possessio secundum tabulas;* bey der *capitis deminutio minima* aber nur dann, wenn der, welcher wieder von der väterlichen Gewalt befreyt wird, nachher erklärt, er wolle, daſs das Testament als gültig behandelt werde [h]. Da bey uns der Verlust der Freyheit im Römischen Sinn wegfällt, und auch Fremde jetzt testiren dürfen; so gelten diese Sätze über *B. P. secundum tabulas* nur noch in Betreff der *capitis deminutio minima.*

§. 825.

2) durch Willensänderung.

Alle letzten Willensordnungen können II) durch Willensänderung aufgehoben werden, welches man bey Testamenten auch rumpiren nennt, selbst wenn der Erblasser in der früheren Disposition die späteren für ungültig erklärt, oder jener einen Eid hinzugefügt, oder sich vertragsmäſsig verpflichtet hat, wenigstens nach Römischem Recht [i]. Dient indeſs diese Clausel dazu, für die Zukunft Versehen und Irrthümern vorzubeugen, so muſs sie bey der neueren Disposition aufgehoben werden, wenn sie darauf ihren Einfluſs nicht äuſsern soll, also

[e] L. 6. §. 5. 6. de iniusto rupto (28. 3.). Westphal v. Testam. §. 886—898.

[f] §. 5. I. quib. mod. test. infirm. (2. 17.) L. 6. §. 5. 6. 7. de iniusto (28. 3.) L. 4. §. 4. 5. C. de hered. (1. 5.). Hübner Disp. L. 1. c. 2.

[g] L. 6. §. 13. D. eod.

[h] L. 12. pr. eod. §. 6. I. quib. mod. test. infirm. (2. 17.) L. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

[i] L. 4. de adim. legat. (34. 4.) L. 19. L. 27. C. de testam. (6. 23.). Ueberh. B. Bardili de revocatione ultimae voluntatis. Tub. 1683. Im Fall eines Vertrages gilt jetzt das Gegentheil, Runde D. Pr. R. §. 659. und nach Kanonischem Recht auch im Fall einer eidlichen Angelobung. Stryk caut. test. c. 24. §. 24. A. M. ist Voet L. 12. T. 2. §. 6.

z. B. bey der Vorschrift, daſs ein doppelt hinterlassenes Legat nur Einmal gezahlt werden solle [k]. Auf ein, in einem älteren Testament cassirtes neueres Testament läſst sich diese Nothwendigkeit der namentlichen Aufhebung der cassatorischen Clausel in der Regel nicht ausdehnen [l].

§. 826.

A) Bey allen Dispositionen.

In Ansehung der Art, wie die Willensänderung wirksam geschehen kann, stimmen Erbeneinsetzungen und Vermächtnisse darin überein, daſs die schriftliche Verordnung vernichtet wird, wenn der Erblasser sie absichtlich selbst, oder durch einen Andern in dieser Absicht vertilgt, es sey nun durch Zerreiſsen, Verbrennen, Durchstreichen, Ueberschreiben, Auslöschen [m], oder Zurücknahme aus dem Gericht [n]; nur muſs die Disposition schriftlich errichtet, oder in eine schriftliche verwandelt seyn [o]. Die theilweise Vernichtung zieht aber die Vernichtung des unverletzt Gelassenen nicht nach sich, wiewohl mit allen vernichteten Erbeinsetzungen, oder der Auslöschung einer nöthigen Unterschrift, auch alle übrigen Theile des Testaments fallen [p]. Daher wird denn auch das eine Duplicat eines Testaments durch die Vernichtung des andern nicht mit aufgehoben, wenn nicht die entgegenstehende Absicht des Erblassers klar ist [q]. Ist die Vertilgung oder Verletzung unbeabsichtigt, oder von einem Dritten geschehen, so bleibt die Disposition gültig, wenn sie zu lesen, oder sonst zu erweisen ist [r]. Ward sie bey einem Dritten, und nicht im Hause des Erblassers aufbewahrt, so vermuthet man, daſs der letzte an der Vernichtung keinen Theil gehabt habe; sonst aber das Gegentheil [s].

[k] L. 12. §. ult. L. 14. pr. de leg. 1. (30.) L. 22. de leg. 3. (32.). H. de Cocceii de claus. test. (Exerc. V. 1. n. 79.).

[l] Die Gründe sind hier dieselben, worauf die Behauptung §. 37. a. E. beruht. Cuiac Obs. L. 14. c. 7. Faber error. pragm. D. 37. E. 7.

[m] L. 1. L. 2. de his quae in test. del. (28. 4.) L. ult. de iniusto rupto (28. 3.) L. 1. §. 3. si tab. test. null. extab. (38. 6.). I. H. Boehmer de scriptur. non legib. (Exerc. T. 4.).

[n] S. oben §. 694. a. E.

[o] Lauterbach Coll. L. 28. T. 3. 4. §. 20. A. M. ist Hofacker T. 3. §. 1354.

[p] S. oben §. 808. nr. II. Pufendorf T. 1. Obs. 137.

[q] L. ult. de his quae in test. del. (28. 4.).

[r] S. oben §. 740. L. 1. pr. eod.

[s] Lauterbach l. c. §. 16.

§. 827.

B) Bey Erbeinsetzungen.

In Ansehung der übrigen Arten einer nachherigen willkührlichen Aufhebung weichen Erbeinsetzungen und Vermächtnisse bedeutend von einander ab. Man bemerke: Testamente können noch insbesondere aufgehoben werden 1) durch ein neues Testament. In dieser Rücksicht ist es allgemeines Princip: mehrere Testamente verschiedenen Inhalts können nicht zugleich bestehen, und das gültige jüngste hebt das ältere auf immer auf. Hieraus folgt: A) das Testament, welches aus dem Dato, oder andern Spuren [*t*] als das letzte erscheint, hebt alle andern auf [*u*]. Selbst das Verbot des Erblassers kann diefs nicht hindern, sofern er nicht militärisch testirt [*x*]; doch werden die ältern Testamente als Codicille erhalten, wenn der Erblasser im letzten einen Erben auf einzelne Sachen einsetzt, oder den Inhalt der ältern bestätigt [*y*]. Ist daher das Alter verschiedener Testamente nicht auszumitteln, weil keines, oder nur eines datirt ist, so sind alle ungültig [*z*]; doch gibt der Prätor aus mehreren Testamenten von gleichem Dato vereint *bonorum possessio secundum tabulas* [*a*]. B) Ein Testament wird nur durch ein Testament, aber auch nur durch ein, gleich anfangs gültiges, nicht durch ein anfangs ungültiges Testament aufgehoben [*b*]; also auch nicht durch ein zweytes Testament, worin der Erblasser einen neuen Erben, unter der irrigen Voraussetzung, dafs der, zuvor Eingesetzte gestorben sey, ernannt hat, wiewohl der letzte dann die, im zweyten Testament gemachten Auflagen erfüllen mufs [*c*]. Eine Ausnahme, da Codicille, und ungültige Testamente ein Testament

[*t*] Voet L. 28. T. 3. §. 9.

[*u*] §. 2. I. quib. mod. test. infirm. (2. 17.).

[*x*] L. 19. pr. de testam. milit. (29. 1.).

[*y*] §. 3. I. eod. L. 12. §. 1. de iniusto rupto (28. 3.). Höpfner Comm. §. 454. not. 3. §. 518. not. 4.

[*z*] L. 16. de cond. inst. (28. 7.) L. 188. pr. de R. I. (50. 17.). Höpfner §. 518. not. 5.

[*a*] L. 1. §. 6. L. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). A. L. Schmidt de testam. prior. posteriori derog. Ien. 1755. Höpfner §. 519.

[*b*] L. 11. L. 16. de iniusto rupto (28. 3.) L. 16. §. 1. de vulg. et pup. subst. (28. 6.). A. F. Schott comm. ad orationem Pertinacis de testam. poster. imperf. prius perfectum haud rumpente. Lips. 1765. (in op.).

[*c*] L. ult. de hered. inst. (28. 5.).

rumpiren, gilt zum Vortheil übergangener Intestat-Erben [d]. C) Ist ein Testament einmal durch ein anderes gültiges rumpirt, so wird es nicht wieder gültig, wenn auch das letzte nachher ungültig werden sollte [e]. Der Prätor gibt indeſs daraus *bonorum possessio secundum tabulas*, wenn der Erblasser das letzte in der erweislichen Absicht, daſs das erste gelten solle, vernichtet hat [f]. D) Als gültiges Testament ist auch das privilegirte Testament im Verhältniſs zu einem feierlichen, und umgekehrt, zu betrachten [g]. Das privilegirte Testament der Aeltern unter Kindern kann jedoch kein früheres Testament aufheben [h], noch auch auf andre Art, als durch ein feierliches neues aufgehoben werden [i].

§. 828.

Fortsetzung.

Auch 2) durch wörtlichen Widerruf kann ein Testament, ohne Vernichtung desselben, oder Errichtung eines neuen Testaments aufgehoben werden, jedoch nicht unbedingt, sondern erst, nachdem er zehn Jahre alt geworden ist, alsdann aber auch schon vor drey Zeugen. Vor dem Ablauf jener Zeit ist aber dagegen selbst der Widerruf vor sieben Zeugen unzulässig [k].

§. 829.

C) Bey Vermächtnissen.

Vermächtnisse und Codicille stimmen darin mit Testamenten überein, daſs sie mit einem neuen Testament fallen [l], wenn nicht aus demselben erhellet, daſs der Erblasser ihre fortdauernde Gültigkeit gewollt habe [m]; daſs sie auf eben die Art, wie sie errichtet wurden, aufgehoben werden können [n]; daſs sie ferner durch eine neuere ungültige

[d] S. oben §. 712. 820. a. E.

[e] §. 2. I. h. t. (2. 17.) L. 16. h. t. (28. 3.) L. 36. §. ult. de testam. milit. (29. 1.).

[f] L. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

[g] L. 36. §. ult. de testam. milit. (29. 1.) L. 2. h. t. (28. 3.).

[h] Not. Ordn. v. 1512. Tit. v. Test. §. 2. Rivinus de testam. priv. parent. solenne prius conditum non infirmante. Vit. 1754. I. P. Heisler an et quat. test. par. int. lib. aliud testam. anterius rumpat. A. M. ist Hofacker T. 2. §. 1347.

[i] Nov. 107. c. 2. A. M. ist Voet L. 28. T. 3. §. 3.

[k] L. 27. C. de testam. (6. 23.). Vergl. hier besonders Höpfner Comm. §. 518. not. 6. A. M. ist hier wieder P. A. Rodatz de verbali testam. revocatione. Goett. 1810.

[l] §. 1. I. de codic. (2. 25.).

[m] L. 5. L. 18. D. eod. (29. 7.).

[n] §. 1. I. de ademt. legat. (2. 21.).

Disposition nicht erlöschen [*o*]; auch endlich, wenn sie einmal erloschen, in der Folge nicht wieder gültig werden, wenn die neuere Disposition, wodurch sie vernichtet wurden, nachher ungültig wird [*p*]. Etwas Besonderes findet aber insofern in Ansehung der Vermächtnisse statt, dafs sie 1) durch absichtliche Veränderung des Objects, oder stillschweigend auf andre Art auch nach der Strenge des Rechts (*ipso iure*) aufgehoben werden können; nämlich A) durch eine, auch in sich ungültige [*q*] Veräufserung der Sache, wenn nicht der Honorirte beweist, entweder dafs die Veräufserung aus Noth geschehen sey, welches bey der Verpfändung stets vermuthet wird [*r*], oder dafs der Erblasser die Sache, in der Absicht, das Legat zu erneuern, wieder an sich gebracht habe [*s*]. B) Durch Auflösung einer Sache [*t*], oder eine, auf einmal bewirkte [*u*] Umgestaltung derselben, in der Absicht, das Vermächtnifs aufzuheben. Diese Absicht wird bey einer, das Eigenthum eines Dritten aufhebenden Specification vermuthet [*x*]. C) Wenn der Erblasser eine vermachte Foderung, oder speciell vermachte Gelder eincassirt oder ausgibt, es sey denn, dafs der Honorirte erweisen könnte, er habe es aus Noth gethan [*y*]. D) Durch Widerrufung der Zweckbestimmung, in Rücksicht deren ein Vermächtnifs hinterlassen [*z*], so wie E) durch Widerrufung eines Vermächtnisses, worauf ein anderes gelegt ist [*a*]. Endlich F) wenn im zweyten Grade ein Vermächtnifs aufgehoben wird, in welchem Fall es auch für den ersten erlischt, sofern dem ersten Empfänger schlechthin, ohne Zeitbestimmung und Bedingung die Zahlung aufgelegt war [*b*].

[*o*] L. 18. de leg. 3. (32.) L. 25. §. 1. h. t. (34. 4.).

[*p*] L. 8. L. 17. §. 1. eod.

[*q*] L. 24. § 1. eod.

[*r*] L. 18. eod. §. 12. I. de legat (2. 20.) L. 11. §. 12. de leg. 3. (32.) L. 3. C. de legat. (6. 37.).

[*s*] L. 15. h. t. (34. 4.).

[*t*] L. 88. § 2. de leg. 3. (32.).

[*u*] L. 24. §. 4. L. 65. §. 2. de leg. 1. (30.).

[*x*] L. 44. §. 2. 3. 4. de leg. 1. (30.) L. 79. §. 2. L. 88. pr. §. 1. de leg. 3. (32.). Westphal v. Testam. §. 1420 — 23.

[*y*] L. 11. §. 13. de leg. 3. (32.) L. 23. L. 31. §. 3. h. t. (34. 4.).

[*z*] L. 30. §. 2. eod.

[*a*] L. 19. eod.

[*b*] L. 31. §. 1. eod. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieses Gesetzes: Chesii Diff. c. 83. Arnaud Coni. L. 2. c. 19. Bachov ad Treutler V. 2. D. 13. Th. 4. n. F. Faber coni. L. 3. c. 18. Cannegieter Obs. L. 1. c. 17. Püttmann int. et obs. c. 1. Abweichend ist Cuiac Obs. L. 32. c. 1.

§. 830.

Fortsetzung. Ehemals wurden Vermächtnisse, 2) jedoch die Legate nur *ope exceptionis* (§. 204.), auch vermöge einer vermutheten Willensänderung, als aufgehoben angesehen, wenn eine tödtliche Feindschaft zwischen dem Erblasser und Legatar ausgebrochen, und nicht vor dem Tode wieder aufgehoben war [*c*]. Das Daseyn einer solchen Feindschaft ward auch dann angenommen, wenn der Erblasser in einer neuen Disposition den Legatar geschimpft hatte [*d*]. Eben diese Folge hatte ein Widerruf vor zwey Zeugen [*e*]. Fideicommisse wurden auf diese Art *ipso iure* aufgehoben; und diefs gilt denn nun auch von den, denselben gleichgesetzten Legaten [*f*].

§. 831.

Fortsetzung. Translatio. Wird ein Vermächtnifs blofs ganz, oder zum Theil aufgehoben, so heifst es insofern *ademtum;* wird aber dabey auf irgend eine Art etwas Neues gesetzt, so heifst es *translatum* [*g*]. Hat eine Translation die Erfodernisse der Ademtion, so hebt sie das Vermächtnifs insofern auf; um aber als Translation gelten zu können, mufs dabey beobachtet werden, was zur Errichtung eines Vermächtnisses gehört [*h*]. Eine Ausnahme hievon macht der Grundsatz, dafs absichtlich an die Stelle eines Vermächtnisses gesetzte Surrogate auch ohne förmliche Disposition an die Stelle jenes treten [*i*]. Auch ist es in dieser Rücksicht noch merkwürdig, dafs die Ernennung eines neuen Beschwerten, den ersten Beschwerten im Zweifel ganz befreyt [*k*]; dafs hingegen die Ernennung eines neuen Honorirten, diesem im Zweifel nur ein concurrirendes, und blofs dann ein ausschliefsendes Recht ertheilt, wenn dem zuerst Genannten das Vermächtnifs ganz genommen ist [*l*].

[*c*] L. 4. L. 22. h. t. (34. 4.).

[*d*] L. 13. L. 29. eod.

[*e*] L. 3. §. ult. eod. L. 27. C. de fideic. (6. 42.). Höpfner Comm. §. 588. not. 3.

[*f*] Höpfner §. 587. not. 1.

[*g*] §. 1. I. h. t. (2. 21.) L. 6. h. t. (34. 4.).

[*h*] L. 20. eod. L. 34. pr. de leg. 1. (30.).

[*i*] L. 31. pr. h. t. (34. 4.) L. 28. §. 1. de cond. et dem. (35. 1.).

[*k*] L. 6. §. 1. h. t. (34. 4.).

[*l*] L. 30. §. 1. eod. L. 7. pr. C. de legat. (6. 37.) L. 33. pr. de leg. 1. (30.).

§. 832.

3) Nichtwollen, Nichtkönnen des Honorirten.

Erbeneinsetzungen und Vermächtnisse können III) aufserdem dadurch ungültig werden, dafs der Honorirte sie nicht annehmen kann, oder will. Fallen auf diese Art alle Erbeneinsetzungen aus, so heifst das Testament *destitutum*, und dann gehen, ohne die Codicillar-Clausel [m], auch alle übrigen Theile desselben zu Grunde [n]. Die Vermächtnisse werden in allen diesen Fällen *extincta* genannt [o].

§. 833.

Fälle des Nichtkönnens.

Die Fälle, da Erbeneinsetzungen und Vermächtnisse ohne willkührliche Ausschlagung nachher ungültig werden, sind: 1) wenn der Honorirte vor der Erwerbung der Erbschaft stirbt, oder unfähig wird [p]. Bey Gemeinheiten kann der Tod des Einzelnen nichts ausmachen [q], und eben diefs nimt man an, wenn der Regent stirbt [r]. 2) Wenn die Bedingung, unter welcher er gerufen ist, nicht eintrit [s]. Eine stillschweigende Bedingung ist bey Vermächtnissen der Ueberschufs des reinen Vermögens [t], sofern nicht die Strafen des versäumten Inventars den Erben treffen (§. 726.). 3) Wenn die Leistung unmöglich wird, entweder A) weil das Object untergegangen ist [u], oder B) weil der Erblasser es dem Honorirten schon unter Lebenden gab [x], oder dieser es C) auf andre Art erwarb, sofern das Legat nicht alternativ [y], auch nicht temporell erworben, und eine *species* war [z]. Hat er jedoch die Sache durch einen onerosen Titel erworben, so mufs ihm der Beschwerte die gemachten Auslagen vergü-

[m] S. oben §. 784.

[n] §. 2. in f. I. de lege Falc. (2. 22.) L. 181. de R. I. (50. 17.). Stryk de succ. ab intest. D. 1. c. 1. n. 30. fgg. W. A. Lauterbach de testam. destituto. Tubing. 1670. §. 27. fgg. A. M. ist wegen Nov. 1. C. F. Zepernick de testamenti destituti viribus. Diss. 1. 2. Hal. 1773. 1774 Allein die Novelle spricht nicht davon, sondern von dem, §. 842. a. E. erwähnten Fall.

[o] Enger nimt den Begriff Höpfner Comm. §. 592.

[p] S. oben §. 675. 796.

[q] Zufolge §. 218 — 223.

[r] L. 56. L. 57. de leg. 2. (31.).

[s] S. oben §. 801 — 804.

[t] L. 15. C. de legat. (6. 37.).

[u] S. darüber §. 759.

[x] L. 22. de leg. 2. (31.) L. 11. C. de legat. (6. 37.).

[y] L. 82. §. 6. de leg. 1. (30.).

[z] L. 82. pr. §. 1. eod. L. 87. pr. de leg. 2. (31.).

ten [a]. 4) Wenn der Beschwerte wegfällt. In der Regel erlöschen freilich dadurch Vermächtnisse nicht [b], wohl aber in dem Fall, wenn sie einem vorgehenden Intestat-Erben aufgelegt sind, dieser wegfällt, und der folgende eintrit [c], oder wenn der Erblasser es überhaupt so verordnet hat [d]. Endlich 5) wenn die Beweismittel verloren gehen. Was in dieser Rücksicht oben von Testamenten gesagt ist (§. 740.), gilt natürlich auch von Codicillen.

§. 834.

Nichtwollen. Grundsätze.

In Ansehung der freywilligen Begebung sind die Haupt-Grundsätze: 1) so lange Jemand eine Erbschaft nicht erworben hat, kann er sie ausdrücklich ausschlagen (*repudiare*), oder durch Facta aufgeben (*omittere*), es sey nun durch bestimmte Aeufserungen des Willens, oder dadurch, dafs er von seinem Recht binnen der gehörigen Zeit keinen Gebrauch macht [e]. Eben diefs gilt von Vermächtnissen [f]. Ist die Erbschaft so destituirt, so fallen alle andern Verordnungen [g]. Wer etwas ausschlagen will, mufs aber befugt seyn, über das Seinige zu disponiren, oder für einen Andern zu handeln [h], auch die Handlung nach dem Anfall der Erbschaft oder des Vermächtnisses wissentlich vornehmen [i]; wiewohl ein Vertrag ihn auch schon früher ausschliefsen kann [k]. 2) Hat Jemand etwas ausgeschlagen, so kann er sich nachher nicht wieder zur Annahme erbieten [l], und eben so wenig 3) dasjenige, was er wirklich erworben hat, wieder willkührlich aufgeben [m]. 4) Hat ein Erbe seinen Erbtheil ausgeschlagen, und treten Miterben an,

[a] §. 6. I. de legat. (2. 20.) L. 34. §. 7. 8. de leg. 1. (30.) L. 102. §. 2. de leg. 3. (32.).

[b] S. oben §. 808 nr. IV.

[c] L. 1. §. 9. de leg. 3. (32.).

[d] L. 95. de cond. et dem. (35. 1.).

[e] L. 95. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.) L. 1. §. ult. ut in poss. legat. (36. 4.) L. 3. C. de praescr. 30. vel 40. ann. (7. 39.) L. 7. C. de petit. hered. (3. 31.). F. L. Gmelin (praes. C. T. Gmelin) de repudiatione hereditatis. Tub. 1804.

[f] L. 34. §. 2. de leg. 2. (31.). Chesii Differ. c. 47.

[g] S. oben §. 832.

[h] L. 18. de acquir. vel om. hered. (29. 2.) L. 11. de auctor. tutor. (26. 8.) L. 5. C. de repud. her. (6. 31.).

[i] L. 13. pr. §. 2. de acqu. vel om. her. (29. 2.).

[k] L. 1. C. de pact. (2. 3.).

[l] L. 4. C. de repud. hered. (6. 31.).

[m] L. 4. C. cit.

so kann er nun im Zweifel von diesen alles fodern, was ihm *titulo singulari* hinterlassen war [n], also auch die ganzen Prälegate [o]. Wird durch die Entsagung das Testament destituirt, so kann er noch immer als Intestat-Erbe eintreten [p]. Entsagt dagegen ein eingesetzter Intestat-Erbe der Intestat-Erbfolge, so muſs man unterscheiden, ob er das Testament kannte, oder nicht. In jenem Fall wird er in aller, in diesem in keiner Rücksicht ausgeschlossen [q].

§. 835.

Ausnahmen. Von diesen Grundsätzen gibt es folgende Ausnahmen: 1) wenn ein Erbe, ohne Erlaubniſs oder gerechten Grund [r] der testamentarischen Erbschaft arglistig entsagt, um als Intestat-Erbe einzutreten; so können Legatare und Fideicommissare [s], nicht aber andre Erben, denen dadurch geschadet ist [t], denselben, und mehrere nach ihren Antheilen [u], auch deren Erben [x] durch eine *actio utilis* auf Zahlung der Vermächtnisse belangen; nur muſs der Beklagte etwas, und zwar nicht *titulo singulari* [y], von der Erbmasse besitzen [z], diese verkauft [a], oder arglistig den Besitz abgewiesen oder aufgegeben haben [b]. Unter diesen Umständen findet die Klage auch dann statt, wenn Kinder arglistig unterlassen, *bonorum possessio contra tabulas* zu suchen [c], wenn Jemand seinem Erbrecht arglistig entsagt, und die Güter als *bona vacantia* zu gewinnen sucht [d], oder in eben der Absicht als Legatar seine Ansprüche aufgibt [e]. Colludirt Jemand zum

[n] L. 17. §. 1. L. 87. de leg. 1. (30.) L. 12. C. de legat. (6. 37.).

[o] L. 12. C. de legat. (6. 37.). S. oben §. 748. not. b. Cuiac ad L. 17. 18. de leg. 1. Finestres prael. Cerv. ad Tit. de acquir. vel omitt. hered. P. 3. c. 2. §. 9. fgg. Pfeiffer de praelegat. §. 28—33. A. M. ist Nieto de praeleg. c. 1. §. 17.

[p] L. 17. §. 1. L. 70. de acquir. vel om. hered. (29. 2.).

[q] L. 17. §. 1. L. 77. eod.

[r] L. 5. L. 6. §. 1. 4. 5. L. 26. §. 1. si quis omissa causs. test. (29. 4.) L. 2. C. eod. (3. 39.).

[s] L. 6. pr. L. 28. §. 1. D. eod.

[t] L. 22. pr. eod.

[u] L. 10. §. 2. L. 18. pr. L. 24. §. 1. eod.

[x] L. 12. §. 1. eod.

[y] L. 30. eod.

[z] L. 13. 14. 15. 16. eod.

[a] L. 4. §. 3. eod.

[b] L. 1. §. 10. 11. eod.

[c] L. 23. eod.

[d] L. 6. §. 7. eod.

[e] L. 4. §. 2. eod.

Vortheil eines Dritten, so kann sowohl jener, als dieser, belangt werden [*f*]. Auch wird arglistige Nicht-Erfüllung einer Potestativ-Bedingung der Entsagung gleichgesetzt [*g*]. Uebrigens müssen sich Legatare und Fideicommissare auch hier die gewöhnlichen Abzüge gefallen lassen [*h*].

§. 836.

Fortsetzung. Beneficium abstinendi;

Eine wichtige Ausnahme ist es, 2) daſs *sui heredes* (§. 716.), wenn sie es auf irgend eine Art erklären, vermöge des, ihnen vom Prätor ertheilten *beneficii abstinendi*, sich von der Erbschaft enthalten können [*i*]; nur müssen sie daraus nichts arglistig entwandt [*k*], oder auf eine versteckte Art verstanden [*l*], auch sich nicht inmiscirt, d. h. positiv als Erben benommen haben [*m*]. Wer gegen sie die Inmixtion behauptet, muſs dieſs gegen sie erweisen [*n*], und zwar zugleich, wenn sie unter Vormündern stehen, daſs die Inmixtion mit deren Zustimmung geschehen sey [*o*]. Ist jedoch ein *suus* im Besitz der Erbschaftssachen geblieben, so muſs er darthun, daſs er den Besitz nicht als Erbe, sondern aus andern Gründen fortgesetzt habe [*p*]. Durch die Abstinenz wird aber dritten Personen nicht geschadet [*q*].

§. 837.

Restitution.

Endlich 3) gibt es gewisse Fälle, da ein Erbe gegen die willkührliche Entsagung,

[*f*] L. 1. §. 13. L. 2. §. 1. L. 4. §. 1. eod. L. 1. C. eod. (6. 39.).

[*g*] L. 1. §. 8. D. eod.

[*h*] L. 6. §. 10. L. 18. §. 1. eod. L. 3. C. eod. (6. 39.).

[*i*] §. 2. I. de hered. qualit. et differ. (2. 19.). Die hieher gehörigen Schriften von Boehmer u. A. s. §. 716. not. b. Sind sui bedingt eingesetzt, so können sie als extranei repudiiren, obgleich sie sui sind. Vinnius ad Inst. L. 2. T. 15. pr. n. 5.

[*k*] L. 71. §. 3. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

[*l*] L. 91. eod. L. 2. C. de repud. hered. (6. 31.).

[*m*] L. 71. §. 4. L. 87. fgg. D. eod. Boehmer l. c. c. 2. §. 24.

[*n*] Boehmer l. c. §. 25. I. C. Koch de hered. suis ad probat. abstent. haud oblig. Giess. 1766. Weber v. d. Beweisf. im Civ. Proc. S. 269—275. A. M. ist Averan int. L. 1. c. 9. Pufendorf T. 3. Obs. 8.

[*o*] L. 57. pr. D. eod.

[*p*] Boehmer l. c. §. 26. Mevius P. 2. Dec. 143.

[*q*] L. 2. §. 3. ad SCt. Treb. (36. 1.) L. 44. de re iudic. (42. 1.) L. 30. §. 10. de fideic. lib. (40. 5). Boehmer l. c. §. 16.

oder die, an sich von derselben ausschliefsende Annahme (durch Antretung, oder Inmixtion) restituirt wird. A) Gegen die Annahme wird er restituirt, wenn dazu überhaupt ein Restitutions-Grund vorhanden ist [r]. Die, welche an seine Stelle treten, müssen dann gelten lassen, was er that [s]. Hat jedoch Jemand eine Erbschaft durch Entsagung seines Vaters verloren, so wird er nachher gegen die Annahme als Minderjähriger nicht restituirt [t]. B) Gegen die Entsagung, oder die, gegen die Antretung ertheilte Restitution, kann wieder Restitution erhalten werden, wenn allgemeine Gründe überhaupt die Restitution zulassen [u]. Ein grofsjähriger *suus* kann sogar ohne allen Grund, sofern die Sachen nicht verkauft sind, binnen drey Jahren Restitution erhalten [x]. Entsagte ein Minderjähriger, so mufs man unterscheiden, ob er *suus* war, oder nicht. Im letzten Fall wird er binnen der gehörigen Zeit restituirt, wenn die Masse nicht angegriffen ist [y]. In jenem Fall hingegen wird er während der Minderjährigkeit, und noch sieben Jahre nachher, restituirt, wenn entweder die Sachen nicht, oder während seiner Minderjährigkeit verkauft sind [z]. In Betreff des Sohnes gilt hier wieder die Ausnahme, dafs er gegen die Entsagung nicht restituirt wird, wenn er sich gegen eine, ihm durch den Willen seines Vaters erworbene Erbschaft hat restituiren lassen. Diese Restitution des Sohnes befreyt auch den Vater nicht gegen die Ansprüche der Creditoren [a].

Dritter Titel.

Ueber die Entreifsung der Erbschaften und Vermächtnisse wegen Unwürdigkeit.

§. 838.

Regeln. In Ansehung der hieher gehörigen Fälle [b] sind folgende allgemeine Regeln zu bemerken:

[r] L. 21. §. 5. quod met. causs. (4. 2.).

[s] L. 7. §. 5. de minor. (4. 4.) L. un. C. de reputat. quae fiunt in iud. (2. 48.).

[t] L. ult. §. ult. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[u] L. ult. §. ult. C. cit. L. 7. §. 9. de minor. (4. 4.).

[x] L. 6. C. de repud. hered. (6. 31.).

[y] L. 24. §. 2. de minor. (4. 4.).

[z] L. 6. C. de repud. hered. (6. 31.).

[a] L. ult. §. ult. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

[b] Ueberh. S. Stryk de pri-

1) Wenn die Gesetze erklären, daſs etwas dem Honorirten als einem Unwürdigen zu entreiſsen (*ereptitium*) sey, so erhält es in der Regel der Fiscus [*c*], und dieser kann es, auch noch jetzt [*d*], durch eine persönliche Klage abfodern [*e*], und zwar so, daſs er alle Andern ausschlieſst [*f*]. In den Fällen, wo sonst die Substituten, Miterben u. s. w. eintraten, bleibt es auch noch jetzt dabey [*g*]. 2) Wer an die Stelle des Unwürdigen trit, muſs die, demselben gemachten Auflagen erfüllen [*h*]. 3) Ist Jemand in Einer Rücksicht unwürdig, so schadet ihm dieſs in anderm Betracht nicht [*i*], viel weniger einem Dritten [*k*]. 4) Hat der Unwürdige als Erbe angetreten, und dadurch eine Confusion des Vermögens (§. 719. 725.) bewirkt, so wird er dagegen, nach Entreiſsung seines Erbtheils, nicht restituirt [*l*]. Ist 5) eine Einsetzung oder ein Vermächtniſs zugleich aus den, in den vorigen Titeln entwickelten Gründen gleich anfangs nichtig, oder trit die Nichtigkeit in der Folge ein: so gilt, was bisher gesagt ist, und die Entreiſsung wegen Unwürdigkeit findet nicht statt [*m*]. 6) Hat Jemand die Enterbung nach Nov. 115. verdient, so schlieſst ihn dieſs an sich nicht aus, wenn er nicht enterbt ist, oder der Enterbungsgrund nicht mit den folgenden Fällen der Unwürdigkeit zusammentrifft [*n*].

§. 839.

Fälle, I) da der Fiscus eintrit; 1) wegen Verbrechen gegen den Erblasser.

Die Fälle, da der Fiscus eintrit, sind folgende: 1) wenn der Honorirte sich grober Vergehen gegen den Erblasser schuldig gemacht, oder denselben sonst beleidigt, und zwar A) wenn er denselben, oder dessen Erblasser umgebracht [*o*], oder durch Nach-

vat. successionis. Frkf. ad V. 1686. (in dessen Succ. ab intest. D. 12.).

[*c*] L. 2. §. 1. de his quae ut ind. (34. 9.). Meier Coll. Argent. L. 34. T. 9. §. 4.

[*d*] A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 618. Allein ohne Grund. Medit. über versch. R. M. 3. B. n. 171.

[*e*] Faber err. pragm. D. 37. E. 9.

[*f*] L. 15. pr. de SCt. Silan. (29. 5.). Ludolf Obs. L. 1. n. 30.

[*g*] L. un. §. 12. C. de caduc. toll. (6. 51.).

[*h*] L. 5. §. 4. L. 16. §. 2. L. 18. §. 1. h. t. (34. 9.).

[*i*] L. 4. L. 5. §. 14. eod.

[*k*] L. 5. §. 5. L. 6. eod. L. 8. §. 14. de inoff. test. (5. 2.).

[*l*] L. 8. h. t. (34. 9.).

[*m*] L. 25. §. 1. eod.

[*n*] Stryk de succ. ab intest. Diss. 12. c. 2. §. 28—37.

[*o*] L. 7. §. 4. de bon. damna-

lässigkeit dessen Tod verschuldet hat [p]. B) Wenn der Erbe denselben peinlich anklagte [q], oder als Zeuge, Bürge, oder freywilliger Anwald dabey behülflich war [r]. Brüder werden jedoch aus beiden Gründen, so wie, wenn sie ihres Bruders Vermögen zu schaden suchten, zum Vortheil der, mit ihnen concurrirenden Intestat-Erben ausgeschlossen [s]. C) Wenn er versäumte, den Tod des Erblassers zu rächen [t]. D) Wenn er bey dessen Leben, und ohne Wissen desselben, über dessen Nachlafs, als über etwas, was ihm gehöre, Verträge schlofs [u], wovon jedoch bey den Deutschen Grundsätzen über Erbverträge kein Gebrauch zu machen ist. E) Dem Erben [x] wird sein Antheil entrissen, wenn der Erblasser dessen Einsetzung nach vollendetem Testament aus Hafs durchstrich, wenn er sie durch ein, wegen Einsetzung einer unfähigen Person ungültiges Testament widerrief [y], oder in Codicillen den Erben für einen Unwürdigen erklärte [z]. F) Ist Jemand unter den, bereits oben (§. 818.) angegebenen Bestimmungen mit der *querela inofficiosi testamenti* abgewiesen, so verliert er zur Strafe alles, was ihm sonst im Testament angewiesen ist. Eben diese Strafe trifft schlechthin Jeden, welcher *bonorum possessio contra tabulas* suchte, und etwas aus dem Testament annahm [a]. Unschädlich dagegen ist es, wenn der Honorirte das Testament aus andern Gründen angefochten hat [b]; die Be-

tor. (48. 20.). C. T. Koch de bonis hereditariis heredi occisori tanquam indigno eripiendis. Lips. 1778. Diefs gilt auch bey Ehegatten. Müller ad Leyser Obs. 622.

[p] L. 3. h. t. (34. 9.) L. 10. C. eod. (6. 35.).

[q] L. 1. D. eod. Vermächtnisse werden hier als ademta behandelt. L. 31. §. 2. de adim. vel tr. legat. (34. 4.).

[r] L. 5. §. 11. 12. 13. h. t. (34. 9.). A. M. ist in Betreff des Anwalds Hofacker T. 2. §. 1615. not. h.

[s] Nov. 22. c. 47. pr. Darin ändert auch Nov. 118. nichts. A. M. ist Höpfner Comm. §. 477.

[t] S. oben §. 717. a. E.

[u] L. 2. §. ult. h. t. (34. 9.) L. 29. §. ult. L. 30. de donat. (39. 5.).

[x] Das Legat ist des Hasses wegen ademtum. S. oben §. 830.

[y] L. 12. h. t. (34. 9.). Einen, hier ersichtlichen Hafs verlangt Westphal v. Testam. §. 1143.

[z] L. 22. de adim. vel transf. leg. (34. 4.) vergl. mit L. 4. C. h. t. (6. 35.). Müller ad Leyser Obs. 612.

[a] L. 2. pr. h. t. (34. 9.) L. 18. §. 1. de B. P. c. t. (37. 4.).

[b] L. 24. h. t. (34. 9.).

schuldigung der Verfälschung ausgenommen [c]. Nur muſs der Erblasser nicht auf den Fall der Anfechtung des Testaments die Strafe des Verlusts der Vermächtnisse gesetzt haben [d]. G) Wenn der Honorirte dem Erblasser dessen bürgerlichen Zustand bestritt [e].

§. 840.

Besonders wegen eines Zwanges.

Besonders zu erörtern ist H) der Fall, wenn sich Jemand einen erwiesenen und unerlaubten Zwang (§. 798.) gegen den Erblasser erlaubt hat. Man unterscheide hier: I) der Erblasser ward gehindert, ein Testament zu errichten. Dann ist der Zwingende denen, welche dadurch litten, zur Entschädigung verpflichtet [f], und wenn er Intestat-Erbe ist, auch der, natürlich zu vermuthende, Zweck des Zwanges dahin ging, ihm seine Intestat-Portion zu sichern: so entreiſst ihm der Fiscus dieselbe [g]. Geschah die Hinderung zu andern Zwekken, so läſst sich aus allgemeinen Gründen nicht dasselbe behaupten. II) Ward der Erblasser gehindert, ein Testament zu ändern, so trit der Fiscus wieder in die Stelle des Zwingenden ein, wenn derselbe Testaments-Erbe war, und eine Aenderung zu seinem Nachtheil zu verhindern suchte [h]. Andre verlieren dadurch nichts [i]; wohl aber können natürlich die, welche durch das neue Testament würden gewonnen haben, vom Zwingenden Entschädigung fodern. III) Ward der Erblasser gezwungen zu testiren, so ist das Erzwungene gleich anfangs ungültig, und convalescirt auch nachher durch Genehmigung nicht [k]. In Ansehung der Folgen unterscheide man aber: 1) der Zwang afficirt das ganze Testament, oder wenigstens alle Einsetzungen; dann ist das Ganze nichtig [l]. Hat hier nun der Zwingende

[c] S. unten §. 841.

[d] Müller l. c. Obs. 619. A. M. ist Hofacker T. 2. §. 1621.

[e] L. 9. §. 2. eod.

[f] L. 1. C. h. t. (6. 34.). Voet L. 34. T. 9. §. 2.

[g] L. 1. pr. si quis aliquem test. prohib. (29. 6.).

[h] L. 1. pr. cit.

[i] Weiter geht Hofacker T. 2. §. 1617. a. E.

[k] Zufolge §. 808. Müller ad Leyser Obs. 585.

[l] Vermöge §. 808. nr. II. Abweichend ist Hofacker l. c. not. c. wegen der sehr singulären L. 3. in f. de his quae in test. del. (28. 4.) L. 77. §. 23. de leg. 2. (31.).

A) durch den Zwang zugleich eine, ihm nachtheilige Aenderung seiner vorigen Rechte zu verhindern gesucht: so gilt wieder, was unter I. II. gesagt ist. Geschah aber B) der Zwang zu andern Zwecken, so verliert der Zwingende weder das, was ihm vorhin als Intestat-Erben, noch das, was ihm aus einer älteren Disposition gebührt [m], wenn er auch gleich des Zwanges wegen mit einer öffentlichen Strafe belegt werden kann [n]. Ist aber 2) nicht das Wesentliche des ganzen Testaments erzwungen, so gilt das Testament, und das Erzwungene fällt aus [o]. Sollte der Zwang den Endzweck gehabt haben, eine Aenderung der vorigen Rechte des Zwingenden zu hindern: so trit natürlich insofern wieder der Fiscus ein [p]; sonst aber der Miterbe oder Substitut, oder der Beschwerte [q].

§. 841.

2) Aus andern Gründen.

Aus andern Gründen trit 2) der Fiscus ein A) in den Antheil dessen, welcher den Onerirten einer Verfälschung beschuldigt. Behauptet er diese in Ansehung der wesentlichen Theile des Testaments, so erhält er nichts, und alles ihm Hinterlassene fällt dem Fiscus zu [r]; sonst aber wird er nur von dem Erben, und der Disposition ausgeschlossen, wogegen seine Beschuldigung gerichtet ist [s]. B) Wenn Jemand ein heimliches Fideicommiſs übernimt [t]. C) Entwendet der Erbe etwas aus der Erbmasse, so wird es ihm vom Fiscus entrissen, so weit es Andern nicht gehört [u]. Eben dieſs trit D) in Rücksicht dessen ein, was Jemand von einem verstorbenen Ehegatten erhielt, wenn der Empfänger auf eine schuldvolle Art eine verbotene Ehe einging [x], so wie E) in

[m] Ganz abweichend sind die bisherigen Theorien, worüber nachzusehen Meier Colleg. Arg. L. 29. T. 6. §. 8. Hofacker l. c. not. e. f.

[n] L. 1. C. h. t. (6. 34.).

[o] L. 2. §. 7. de B. P. sec. tab. (37. 11.).

[p] Denn dann steht der Fall wieder unter L. 1. pr. h. t. (29. 6.).

[q] Soweit folge ich Hofacker l. c. not. d.

[r] L. 13. §. 9. de iure fisci (49. 14.) L. 6. C. ad L. Corn. de fals. (9. 22.). Müller ad Leyser Obs. 620.

[s] L. 4. L. 5. §. 14. h. t. (34. 9.).

[t] S. oben §. 769. not. m.

[u] L. 6. eod. Ueber Legatare und Fideicommissare s. §. 842.

[x] L. 2. §. 1. 2. eod. vergl.

Rücksicht dessen, was ein Soldat einem feilen Frauenzimmer hinterliefs [y].

§. 842.

II) Fälle, da andre eintreten.

In folgenden Fällen trit der Fiscus nicht ein, und was zur Strafe ausfällt, bleibt in der Regel bey denen, welchen es nach allgemeinen Grundsätzen [z] gehört. Nämlich 1) wenn Jemand, welcher nicht absolut unfähig ist [a], im Testament des Vaters [b] zur Tutel gerufen, und ihm dafür [c] etwas ausgesetzt ist, so verliert er, wenn er sich auch nur zum Theil entschuldigt [d], die Erbschaft zum Vortheil der Miterben [e], Vermächtnisse zum Vortheil des Kindes [f], im Zweifel aber nicht dasjenige, was ihm als Pupillar-Substituten des Kindes ausgesetzt ist [g]. 2) Der, welcher mit Vermächtnissen beschwert ist, erhält diese insofern, als sie der Honorirte entwandte [h], oder das Testament arglistig verbarg [i]. 3) Vernachlässigen Erben ihren rasenden Erblasser, so trit dessen Verpfleger in ihre Rechte [k]. Ist kein Verpfleger da, so lassen Manche den Fiscus eintreten [l], wiewohl ohne Gesetze. Ferner geschieht 4) eine Ausschliefsung der Intestat-Erben zum Vortheil der andern Intestat-Erben, wenn jene, auf eine schuldvolle Art dem Erblasser Vormünder zu erbitten, versäumten [m], oder Brüder sich auf die, in den Gesetzen angegebene Art gegen ihren Bruder vergingen [n]. Weigert sich endlich 5) Jemand, binnen Jahresfrist, auf eine schuldvolle Art den Willen des Erblassers zu erfüllen, so verliert er, unter Vorbehalt des Pflichttheils, zum Vortheil der Substitu-

mit L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.). Die Vorschrift der L. 13. D. eod. fällt in Rücksicht des Ehebrechers jetzt da weg, wo nach §. 394. die Ehe gilt.

[y] L. 14. D. eod. Merill Obs. L. 8. c. 34.

[z] S. oben §. 808. nr. III.

[a] L. 8. C. de legat. (6. 37.).

[b] L. 5. §. 2. h. t. (34. 9.).

[c] L. 28. §. 1. de excusat. (27. 1.).

[d] L. 111. de legat. 1. (30.).

[e] L. 28. §. 1. de excusat. (27. 1.).

[f] L. 36. pr. eod. L. 5. §. 2. h. t. (34. 9.).

[g] L. 36. pr. cit.

[h] L. 48. ad SCt. Treb. (36. 1.) L. 5. C. de legat. (6. 37.). Westphal v. Testam. §. 1381. 1501. 1870.

[i] L. 25. C. de legat. (6. 37.).

[k] S. oben §. 689. nr. 1.

[l] Stryk de Succ. ab intest. D. 12. c. 2. §. 29.

[m] S. oben §. 510.

[n] S. oben §. 839. not. s.

ten und Miterben, ja sogar am Ende zum Vortheil der Legatare und Fideicommisse alles Hinterlassene [*o*], wenn ihn nicht der Erblasser auf diesen Fall einer andern Strafe unterworfen wissen wollte [*p*].

Vierte Unterabtheilung.

Ueber das Anwachsungsrecht.

§. 843.

Grundsätze. Das Anwachsungsrecht (§. 673.) findet sowohl bey Erbschaften, als Vermächtnissen statt, aber freilich aus verschiedenen Gründen, und unter sehr verschiedenen Bestimmungen [*q*]. Da in allen Fällen auf die Art, wie Mehrere mit einander verbunden sind, vieles ankommt, so ist zuvörderst die allgemeine Bemerkung voranzuschicken, dafs es drey Arten gibt, wie zugleich Berufene mit einander in eine besondere Verbindung gebracht seyn können. Sind nämlich Mehrere, zwar nicht in demselben Satz, aber doch vollständig zu derselben Sache gerufen, so heifsen sie *re coniuncti*, oder *disiuncti*. Sind *re coniuncti* zugleich in der Formel verbunden, so werden sie vorzugsweise *coniuncti*, oder *re et verbis coniuncti*, auch jetzt *mixtim coniuncti*, genannt. Liegt endlich die Verbindung blofs darin, dafs mehrere Personen in demselben Satz ohne Disiunction genannt sind, so werden sie, wenn ihnen ideale Theile am Ganzen angewiesen sind, *verbis coniuncti* genannt, obgleich die Römer sie oft unter dem Ausdruck: *coniuncti*, gar nicht mit begreifen [*r*]. Die, denen reelle Theile ange-

[o] Nov. 1. c. 1. 4. Zu sehr beschränkt diese Vorschrift Hofacker T. 2. §. 1626. not. k.

[p] L. 6. pr. L. 27. de cond. et dem. (35. 1.).

[q] Ueberh. F. Duarenus de iure accresc. Lugd. 1656. (in op.). A. Goveanus Tr. de eod. arg. (op.). G. Maiansii Tr. eiusd. arg. (Diss. T. 2.). Merillii, Papillonii Tr. eiusd. arg. (Otto Thes. T. 4.). I. A. Bellonus de eod. arg. (Meermann Thes. T. 7.). Bach de iure accr. (op. n. 8.). I. P. Heisler de iure accresc. iure non decrescendi. (Exerc. acad. n. 7.). Griesinger Bew., dafs das Anwachs. R. bey dem usu Statt finde. Stuttgard 1794. 8. §. 8—14. E. C. Westphal de iure accr. inter cohered. interdum iure non decresc., interdum secus. Hal. 1761. Schöman Handb. 2. B. S. 1—31.

[r] L. 63. L. 66. de hered. inst. (28. 5.) L. 89. de leg. 3. (32.) §. 8. I. de legat. (2. 20.).

wiesen wurden, heifsen nie *coniuncti*, sie mögen in der Formel verbunden seyn, oder nicht [s]. Auch ist noch die allgemeine Bemerkung wichtig, dafs nur dann das Anwachsungsrecht stattfinden kann, wenn der Wegfallende keinen Substituten hat, oder keine Erben, welche vermöge des Transmissions-Rechts an dessen Stelle treten dürfen, vorhanden sind, oder endlich der Fiscus dessen Portion nicht zur Strafe an sich zieht [t].

§. 844.

Anw. R. der Erben.

Das Anwachsungsrecht bey Erbschaften beruht auf folgenden Grundsätzen: 1) Wenn eine Erb-Portion ausfällt, so wächst diese *ipso iure* [u], als Nebentheil der übrigen Theile [x], den andern Erben selbst wider des Testators und ihren Willen zu [y], und zwar mit allen Lasten [z]. Darum kann denn auch der Fideicommissar vom Fiduciar, und der Käufer eines Erbtheils von dem Verkäufer die Abtretung dessen verlangen, was in Ansehung der restituirten, oder verkauften Portion demselben nachher accrescirt [a]; auch kann der Erbe dem Anwachsungsrecht nicht entsagen. Blofs dann ist die Entsagung erlaubt, wenn eine Portion dadurch eröffnet ward, dafs sich ein Miterbe gegen die Antretung restituiren liefs [b], oder wenn ein *suus deliberans* starb, indem der andre Erbe schon angetreten hatte [c]. 2) Die eröffnete Portion fällt den übrigen Miterben nach Maafsgabe der Gröfse des Antheils derselben zu, und weder *verbis coniuncti*, noch *re coniuncti* können hier einen Vorzug verlangen, wenn ihr *coniunctus* wegfällt. *Re et verbis coniuncti* gehen aber allen Andern

[s] Bach l. c. §. 2. Heisler l. c. §. 4.

[t] L. 83. de acquir. vel om. her. (29. 2.) L. un. §. 12. C. de caduc. toll. (6. 51.) Auth. hoc amplius C. de fideicomm. (6. 42.).

[u] L. 31. L. 35. §. 1. L. 76. pr. de acquir. vel om. hered. (29. 2.).

[x] L. 83. eod.

[y] L. 53. §. 1. eod. Bynkershoek Obs. L. 2. c. 3. C. H. Breuning de prohibitione iuris accrescendi a testatore facta in testam. Lips. 1766.

[z] L. 38. D. eod. L. un. §. 10. C. de caduc. toll. (6. 51.).

[a] Branchu Obs. D. 1. c. 2. Noodt Comm. L. 18 T. 4. Zum Theil abweichend sind: Meditat. über versch. R. M. 1. B. n. 8. Ganz: Vinnii qu. sel. L. 1. c. 55. Püttmann D. de iure accresc. ad emtor. hered. non pertinente. Lips. 1780.

[b] L. 61. D. eod.

[c] L. 55. eod. Voet L. 29. T. 2. §. 39. Viel zu weit geht Hofacker T. 2. §. 1454.

vor [*d*], jedoch auch nur insofern, als sie mit dem Wegfallenden nicht zu einem unbestimmten, sondern zu einem bestimmten Theile gerufen wurden [*e*]. Bey der Intestat-Erbfolge werden die, welche in demselben Stamm stehen, als *re et verbis coniuncti* behandelt [*f*], und eben diefs nimt man umgekehrt in Ansehung der, in derselben Linie stehenden Ascendenten an [*g*].

§. 845.

Anw. R. der Legatare.

Das Princip, worauf das Anwachsungsrecht der Legatare beruht, ist wesentlich hievon verschieden, und gründet sich allein auf die Regel: wer ein Ganzes erhalten sollte, welches ihm durch die Concurrenz eines Andern hätte beschränkt werden können, behält das Ganze, wenn die Concurrenz, wegen anfänglicher Nichtigkeit, oder nachherigen Ausfalls des Legats nicht zur Ausübung kommt [*h*]. Hieraus folgt, 1) dafs das Anwachsungsrecht unter Legataren nicht zur Anwendung kommt, wenn der Erblasser selbst den Legatar auf reelle, oder ideale Theile gesetzt, oder es sonst verboten hat [*i*]. Unter blofsen *verbis coniunctis* findet es also nicht statt [*k*]; und als solche werden auch die behandelt, denen von verschiedenen Erben eine Sache hinterlassen ist [*l*]. Unter *re et verbis*, oder *re coniunctis* hingegen trit es ein [*m*]; also auch unter anfänglichen *verbis coniunctis*, welche durch das Hinzurufen eines Andern wieder *re coniuncti*

[*d*] L. 20. §. 2. L. 59. §. 3. L. 63. L. 66. de hered. inst. (28. 5.) L. un. §. 10. C. de caduc. (6. 51.). A. M. ist Goeschen Obs. p. 99. 100.

[*e*] L. 17. §. 1. 2. eod. Faber err. pragm. Dec. 49. er. 2. Zum Theil a. M. ist Bach l. c. §. 6. ganz aber Göschen Obs. p. 100—103.

[*f*] L. 12. pr. de B. P. c. t. (37. 4.). Voet l. c. Vinnius l. c. L. 2. c. 22.

[*g*] Glück v. d. Intest. Erbf. §. 40.

[*h*] L. 2. pr. quib. mod. ususfr. amitt. (7. 4.) L. 3. pr. de usufr. accresc. (7. 2.) L. 80. de leg. 3. (32.) L. un. §. 2. 3. C. de caduc. toll. (6. 51.). Fachinei contr. L. 5. c. 50. Heisler l. c. §. 5—10.

[*i*] L. 84. §. 12. de leg. 1. (30.) L. 6. §. 1. commun. praed. (8. 4.). Faber err. pragm. D. 49. E. 8. n. 3. Heisler §. 1. 13. 17. 19.

[*k*] L. 1. §. ult. de usufr. accresc. (7. 2.) L. 80. de leg. 3. (32.). Voet L. 30. §. 61. Heisler §. 23. 28. Hofacker T. 2. §. 1524. not. a. Westphal v. Verm. 2. B. §. 1038. 1068.

[*l*] L. penult. de usufr. accr. (7. 2.). Heisler §. 15.

[*m*] L. 1. pr. §. 3. de usufr. accr. (7. 2.) L. 3. §. 1. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 89. de leg. 3. (32.).

wurden, insoweit nämlich, als ihre Portion durch diese Concurrenz beschränkt ward [n]; so wie unter *verbis coniunctis*, deren Theile erst durch Concurrenz bestimmt werden sollen, und welche dann insofern im Grunde *re et verbis coniuncti* sind [o]. Ist übrigens nur Einer *re coniunctus* des Andern, der Letzte aber nicht des Ersten, so trit es nur für jenen ein [p]. 2) Dem *re coniuncto* ist das Anwachsungsrecht unvermeidlich; der *re et verbis coniunctus* kann sich dessen bedienen, wenn er will [q]. Diesem wächst daher die Portion mit allen Lasten zu; jenem hingegen nicht [r]. 3) *Re et verbis coniuncti*, also auch *verbis coniuncti*, welche durch nachheriges Hinzurufen eines *re coniuncti* unter sich *re coniuncti* werden, haben ein Vorzugsrecht, wenn ihr *coniunctus* wegfällt; nicht aber bloſse *re coniuncti* [s]. 4) Hat ein Collegatar seine Portion angenommen, und fällt er nachher weg, so haben seine Collegatare kein Anwachsungsrecht. Eine Ausnahme ist beym Nieſsbrauch [t], und daher gewiſs auch bey andern, nicht auf die Erben übergehenden persönlichen Dienstbarkeiten [u], sofern nämlich der Collegatar, welcher an des Wegfallenden Stelle treten will, nicht bereits so viel hat, als er nach dem Zweck seines Rechts verlangen kann [x].

§. 846.

Aelteres Recht.

Vor Justinian galten zum Theil ganz andre Grundsätze. Bey dem *legato per damnationem* konnte der eine *re coniunctus* die ganze Sache fodern, der andre deren Werth [y]. Jetzt beschränken sie sich

[n] L. 41. pr. de leg. 2. (31.). Heisler §. 26. Bach l. c. §. 15.

[o] L. 16. §. ult. de leg. 1. (30.) L. 6. 7. pr. de rebus dub. (34. 5.). Heisler §. 27. Westphal §. 1067.

[p] L. 3. §. 2. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.). Heisler §. 17 — 19.

[q] L. un. §. 11. C. de cad. toll. (6. 51.). Bach §. 13.

[r] L. un. §. 11. cit. Heisler §. 28 — 30.

[s] L. 41. pr. de leg. 2. (31.) L. 89. de leg. 3. (32.). Heisler §. 26.

[t] L. 1. §. pen. de usufr. accr. (7. 2.).

[u] Griesinger a. a. O. §. 10. fgg. Glück Comm. 9. B. §. 649.

[x] L. 57. §. 1. de usufr. (7. 1.).

[y] Caii Inst. L. 2. T. 5. §. 5. Pauli sent. rec. L. 3. T. 6. §. 3. Bach §. 8. vergl. auch noch Goeschen Obs. p. 1 — 36.

nur in ihren Rechten an der Sache [z]. *Re et verbis coniuncti* dagegen hatten bey dem *legato per damnationem* gar kein Anwachsungsrecht [a]. Hievon finden sich noch viele Fragmente in den Pandekten [b], welche, wenn man sie nicht aus jenem Gesichtspunct betrachtete, und allgemein verstände, das Anwachsungsrecht der Legatare ganz ausschliefsen würden [c].

§. 847.

Anw. R. der Fideicommissare.

Bey Singulär-Fideicommissen findet jetzt [d] gleichfalls das Anwachsungsrecht statt, so wie unter denen, welchen ein Universal-Fideicommifs ausgesetzt ist; nur müssen natürlich die Fideicommissare so verbunden seyn, dafs sie als Legatare nach den eben aufgestellten Grundsätzen dasselbe Recht würden gehabt haben [e].

Fünfte Unterabtheilung.

Ueber die Eröffnung, Vollstreckung und Auslegung letzter Willensordnungen.

§. 848.

Eröffnung.

Ein letzter Wille kann nicht eher befolgt werden, als bis derselbe eröffnet ist [f], worauf denn auch jeder Interessent die Inspection desselben verlangen kann [g]. Geschieht die Eröffnung mittelst einer förmlichen gerichtlichen Untersuchung der Aechtheit des Testaments, so heifst sie eine feierliche, und eine solche ist auch noch jetzt [h] nöthig, wenn

[z] L. un. §. 11. C. de caduc. toll. (6. 51.).

[a] Ulpiani fragm. T. 24. §. 13. Faber error. pragm. D. 50. E. 2.

[b] L. 16. pr. L. 34. §. 9. L. 84. §. 8. de leg. 1. (30.) L. 7. § 2. L. 89. §. 2. de leg. 2. (31.) L. 38. §. 2. de leg. 3. (32.).

[c] Heisler §. 25. Westphal §. 1039 — 1044.

[d] Ehemals war es nicht so. Schulting ad Ulp. Fragm. T. 24. §. 13. not. 34.

[e] L. 78. §. 10. ad SCt. Treb. (36. 1.) L. un. §. 11. C. de caduc. toll. (6. 51.). A. Faber in Cod. L. 6. T. 3. D. 10. Voet comm. L. 36. T. 1. §. 71.

[f] I. N. Hert de apertura testam. (op. Vol. 2.). Westphal v. Vorl. u. Eröffn. d. Testam. Leipz. 1790.

[g] S. oben §. 744.

[h] Ueber das ältere Recht: Glück de testam. priv. solenn. probat. §. 7. Heineccius ad L. Iul. et Pap. L. 3. c. 2.

die Gültigkeit der Disposition angefochten wird [i]. Geschieht sie ohne eine solche Untersuchung blofs durch Verkündigung, so heifst sie eine unfeierliche, und diese kann denn wieder gerichtlich, oder aufsergerichtlich geschehen. Jetzt darf mit der Eröffnung sogleich nach des Erblassers Tode, aber auch nicht früher [k], verfahren werden; doch ist das zu unterdrükken, was als schändlich angesehen werden kann [l], auch müssen die Theile einer Disposition verschlossen bleiben, deren Eröffnung der Erblasser verbot [m]. Bey mündlichen Dispositionen geschieht natürlich die Eröffnung durch genaue Abhörung der Zeugen [n].

§. 849.

Vollstrekkung. Zur Vollstreckung eines letzten Willens werden oft von den Erblassern sogenannte Testaments-Executoren [o] bestellt, bald für einzelne Geschäfte (*exec. speciales*), bald für die Vollführung aller Vorschriften desselben (*exec. generales*). Auch durch Vertrag der Interessenten kann dasselbe geschehen (*exec. conventionales*), so wie, wo es nöthig ist, durch den Richter (*exec. dativi*); zuweilen geschieht es unmittelbar durch Vorschrift der Gesetze [p] (*exec. legitimi*). Wird die Execution durch Vertrag oder Testament einem Magistrat übertragen, so sieht man ihn jetzt [q] als competenten Richter in allen, die Execution betreffenden Streitigkeiten an; einen Privatmann hingegen als blofsen Schiedsrichter [r]. Concurriren verschiedenartige Executoren, so gehen die vertragsmäfsigen da vor, wo die, der Willkühr der Interessenten überlassenen Geschäfte ihnen übertragen sind; sonst aber gehen die testamentarischen allen andern vor, und nächst diesen die

[i] Leyser Sp. 373. m. 3.

[k] L. 2. §. 4. h. t. (29. 3.).

[l] L. 3. C. h. t. (6. 32.).

[m] L. 8. D. eod. §. 3. I. de pup. subst. (2. 16.). I. F. Rivinus de prohibita testam. publicatione a testatore facta. Lips. 1766.

[n] Brunnemann ad L. 4. h. t.

[o] W. A. Lauterbach de execut. testam. Tub. 1668. I. G. Zoller de exec. ult. vol. Lips. 1763. M. G. Pauli de eod. arg. Vit. 1762. Leyser Spec. 374.

[p] L. 12. §. 17. L. 13. mandati (17. 1.). L. 28. L. 49. C. de episcop. et cleric. (1. 3.). Leyser l. c. m. 10.

[q] Nach den §. 928. aufgestellten Grundsätzen.

[r] Leyser l. c. m. 11.

gesetzlichen und vom Magistrat bestellten. Welche Pflichten übrigens den Executoren obliegen, mufs aus der jedesmaligen Beschaffenheit des, ihnen ertheilten Auftrages beurtheilt werden [s].

§. 850.

Auslegung eines letzten Willens.

Die Lehre von der **Auslegung** letzter Willensordnungen [t] bedarf keiner besonderen Ausführung, da die allgemeinen Grundsätze dieser Lehre bereits oben (§. 53. 54.) aufgestellt, und die besonderen Entscheidungen des Römischen Rechts bisher durch die ganze Lehre vom Erbrecht einzeln angeführt sind.

[s] S. Hofacker T. 2. §. 1629 — 1633.

[t] Ueberh. Cuiac comm. ad Tit. P. de rebus dubiis. (op. posth. T. 4.). Mantica de coniecturis ultimar. voluntat. H. Donellus ad Tit. de reb. dub. Antw. 1584. H. G. Bauer vis L. 96. de R. I. in testam. interpretandis. Lips. 1784. Hofacker T. 2. §. 1604 — 1609. C. W. Schweitzer (praes. C. G. Hübner) ad Tit. D. de reb. dubiis commentarius. Lips. 1802. 8.

Zweyter Theil.

Persönliche Rechte.

Einleitung.

§. 851.

Haupt-fragen. Die Lehre von den persönlichen Rechten erfodert eigentlich die Beantwortung der drey Fragen: welche persönliche Rechte gibt es, und worin besteht die Natur derselben? wie entstehen diese Rechte? und wie erlöschen sie? Da aber alle Rechte, also auch die persönlichen, der Zahl nach unendlich sind, und alles von den besonderen Thatumständen abhängt, worauf diese Rechte gegründet werden: so bedarf die erste Frage keiner besonderen Erörterung, da sie durch die Beantwortung der zweyten zugleich ihre Erledigung erhält.

§. 852.

Fortsetzung. Wäre es im positiven Recht überall räthlich, von philosophischen Theilungsgründen auszugehen, so würde man auch die Entstehungs- und Erlöschungsgründe persönlicher Rechte sehr leicht nach logischen Regeln eintheilen können. Allein zur besseren Einsicht des Römischen Rechts, und selbst in praktischer Hinsicht, ist es durchaus nothwendig, dafs man so viel als möglich die Eintheilungen der Römer beyzubehalten sucht; wiewohl eine einzelne Abweichung nicht ausgeschlossen ist, wo eine ganze Lehre durch eine richtigere Zusammenstellung nur allein in den gehörigen Gesichtspunct gestellt werden kann.

Erster Abschnitt.

Ueber die Entstehungsgründe persönlicher Rechte.

Erste Abtheilung.

Ueber Verträge.

Erstes Capitel.

Ueber Hauptverträge.

Erste Unterabtheilung.

Ueber Contracte.

Erster Titel.

Ueber die Consensual-Contracte.

§. 853.

Eintheilung. Unter Voraussetzung dessen, was im allgemeinen Theil über die Natur der Verträge überhaupt, und die Römischen *contractus* und *pacta* gesagt ist, bedarf es hier für die Lehre von den einzelnen Verträgen keiner weiteren allgemeinen Erörterungen, und es kommt nur darauf an, die individuelle Natur der einzelnen Haupt- und Neben-Verträge auseinander zu setzen. Unter Hauptverträgen sind hier alle Verträge begriffen, welche für sich, als selbstständige Verträge bestehen können. Nebenverträge sind diejenigen, welche ein anderes Geschäft, oder die Existenz einer Verbindlichkeit voraussetzen. Die ersten können auch als Nebenverträge errichtet werden; allein diese Eigenschaft ist ihnen nicht nothwendig [*u*].

[*u*] L. 20. §. 2. L. 21. L. 22. pr. locat. (19. 2.).

§. 854.

Consensual-Contracte. Unter den Contracten bleiben die Consensual-Contracte (§. 164.) ganz bey der Natur eines Vertrages überhaupt, und behalten auch dann diese Eigenschaft, wenn das, was noch insbesondere bey andern Contracten stattfinden muſs, zu ihnen hinzukommt [x]. Nur dann verändern sie ihre Natur, wenn durch Gesetze oder Verträge besonders bestimmt ist, daſs ihre Gültigkeit nicht allein von der simpeln Einwilligung abhängen solle [y]. Die einzelnen Consensual-Contracte sind: der Kauf-, der Mieth- und Pacht-, der Mandats-, und der Gesellschafts-Contract.

§. 855.

I) Kauf. Dessen Natur. Der Kauf [z] ist der Consensual-Contract, vermöge dessen Jemand einem Andern irgend eine körperliche oder unkörperliche, gegenwärtige oder zukünftige Sache [a], gegen einen bestimmten oder bestimmbaren [b] Preis zu überlassen verspricht, jedoch nicht namentlich unter der Versicherung, daſs das Eigenthum der Sache dem Käufer gegeben werden solle, weil dann das Geschäft die Grenzen des Kaufs überschreitet, und in ein anderes Geschäft übergeht [c]. Selbst dingliche Nutzungsrechte können verkauft werden [d]. Ueberläſst man hingegen Jemand das Benutzungsrecht einer Sache, als persönliches Recht, gegen einen bestimmten Preis, oder Dienste für einen Preis, so wird dieſs ein Pacht- und Mieth-Contract genannt [e];

[x] Ein Consensual-Contract wird z. B. dadurch nicht zum Real-Contract, wenn der eine Theil sofort das Versprochene leistet.

[y] L. 17. C. de fide instrumentor. (4. 21.).

[z] W. A. Lauterbach D. ad Tit. D. de emt. vend. C. R. ab Oosterga D. de emt. vend. Ultr. 1688. d'Avezan de emt. (Meermann Thes. T. 4.). E. L. Westphal vom Kauf, Mieth-, Pacht- und Erbenzins-contract. Leipz. 1788.

[a] L. 8. pr. L. 39. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) Tit. P. de hered. vel act. vend. (18. 4.).

[b] L. 7. §. 1. 2. L. 37. h. t. (18. 1.). I. M. Tesdorpf de eo quod iustum est circa incertitudinem pretii in emtione venditione. Goett. 1773.

[c] L. ult. de condict. caussa data (12. 4.) vergl. mit L. 75. §. 10. de V. O. (45. 1.) L. 25. §. 1. h. t. (18. 1.) L. 11. §. 2. de act. E. V. (19. 1.). Hert de conventionibus domin. translativis. §. 28. Bynkershoek Obs. L. 6. c. 24.

[d] L. 11. §. 3. L. 12. de pignor. (20. 1.).

[e] L. 20. L. 65. h. t. (18. 1.) L. 2. §. 1. L. 22. §. 2. locati (19. 2.). Struben 5. B. 98. Bed. G. F. Holzhauer pr. de locationis rei frugiferae et

daher man denn auch die Natur des Kaufs nur durch die bisher angegebenen Merkmale beschreiben, aber nicht im strengsten Sinn definiren kann.

§. 856.

Dessen Erfodernisse; überhaupt;

Die Erfodernisse des Kaufs bestehen darin, 1) dafs dabey die Bedingungen jedes Vertrags stattfinden. Abweichungen hievon sind, A) dafs in manchen Fällen der Verkauf öffentlich geschehen mufs [*f*], und B) dafs gewissen Personen der Kauf und Handel untersagt ist; nämlich a) dem Arzt mit dem Kranken, insofern jener sich für die Rettung des letzten etwas versprechen läfst [*g*]. Ferner dürfen b) Soldaten keine Güter in der Provinz kaufen, wo sie dienen [*h*]. c) Den Geistlichen ist der Handel ganz untersagt [*i*], so wie d) allen Capitalisten und Honoratioren der Handel *en detail* [*k*]. Bey uns wird aber diese Vorschrift eben so wenig befolgt [*l*], als e) die Beschränkungen bey uns zur Anwendung kommen können, unter denen den Vorstehern der Provinzen der Kauf bey den Römern gestattet ward [*m*]. Endlich gibt es C) manche Fälle, da Jemand zum Verkauf gezwungen wird, nämlich a) zum Besten des Staats [*n*], auch b) in manchen Fällen zu Gunsten der Freyheit [*o*]; so wie, c) wenn Jemand eine Grabstätte hat, zu welcher er nicht anders gelangen kann, als wenn der Eigenthümer eines andern Grundstücks ihm über dieses eine Weggerechtigkeit einräumt [*p*].

venditionis fructuum futurorum differentia. Regimont. 1800. Höpfner Comm. §. 883.

[*f*] L. ult. C. de fide et iure hastae fiscalis (10. 3.) L. 3. C. de vendend. reb. civitatis (11. 31.). F. A. Hommel de solennibus vendit. Lips. 1737.

[*g*] L. 3. de extraord. cogn. (50. 13.) L. 9. C. de professor. et medic. (10. 52.). Perez in Cod. eod. Tit. §. 14. Wernher P. 7. Obs. 213. I. Schultz de contractu medici cum aegroto. Gedan. 1689. Medit. über versch. R. M. 2. B. n. 96.

[*h*] L. 9. de re militari (49. 16.).

[*i*] Cap. 15. 16. X. de vita et honestat. cleric. (3. 31.). Boehmer I. E. P. L. 3. T. 50. §. 13. Grass de negot. clericor. prohibita. I. G. Büttner de clerico non mercatore. Cahlae 1773.

[*k*] L. 3. C. de commerc. et mercator. (4. 63.). Averan interp. L. 2. c. 13. Voet L. 18. T. 1. §. 11. C. H. Breuning de nobile non mercatore. Lips. 1759.

[*l*] Müller ad Leyser Obs. 387. 388.

[*m*] L. 46. h. t. (18. 1.).

[*n*] L. 14. §. 1. quem. serv. amitt. (8. 6.). Strecker de vendit. necessaria.

[*o*] §. ult. I. de donat. (2. 7.).

[*p*] L. 12. pr. de religiosis (11. 7.).

§. 857.

insbesondere. Was 2) die besonderen Erfodernisse des Kaufs betrifft, so bestehen diese darin, daſs eine Sache gegen einen gehörigen, wahren Preis versprochen wird. Werden zu dem Preise noch Sachen zugelegt, so muſs man im Zweifel unterscheiden, ob sie jenen an Werth übersteigen, oder nicht. Ist dieses, so gilt das Geschäft dennoch als Kauf, in jenem Fall hingegen als Tausch [*q*]; doch streitet im Zweifel für den Kauf die Vermuthung: auch wird der Kauf dadurch nicht aufgehoben, wenn nachher statt des versprochenen Preises Sachen gegeben werden [*r*]. Was übrigens ein gehöriger, wahrer Preis sey? ist nach allgemeinen Grundsätzen [*s*] zu beantworten. Nur die besondere Vorschrift ist hier auszuheben, daſs der Verkauf der Früchte auf dem Halm allein insofern erlaubt ist, als der Käufer dafür den wahren Werth gibt, den sie zur Zeit des Kaufs, oder vierzehn Tage nach der Ernte haben [*t*].

§. 858.

Dessen Wirkungen. Aus dem Kauf entstehen für beide Theile die allgemeinen Wirkungen der Verträge (§. 142 — 201.), insbesondere aber folgende Verpflichtungen: 1) Der Verkäufer ist verbunden, dem Käufer, wenn dieser zur Erfüllung seiner Obliegenheiten bereit ist [*u*], das Versprochene zu überliefern, also das Object dinglicher Rechte zu tradiren, und persönliche Rechte zu cediren [*x*], auch dabey die Zubehörungen (§. 265.) abzuliefern [*y*], dem Käufer die gehörige

[*q*] L. 38. L. 79. h. t. (18. 1.) L. 6. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 1. C. de rerum permut. (4. 64.). Franzke comm. L. 18. T. 1. n. 211. Lauterbach coll. eod. Tit. §. 39. Die wichtigste Folge ist, daſs der Tausch sofort das Eigenthum überträgt. L. 4. C. eod. Vergl. überh. Corasii Misc. L. 2. c. 9. I. F. Wernher pr. de utilitate quaest. an in dubio emtio vend. an permut. intellig. (Disquis. iur. Coll. 2.). C. F. Walther de vero genere contractus ex permut. et emtione aequaliter mixti. Alt. 1744.

[*r*] L. 6. §. 1. L. 21. §. 4. de act. E. V. (19. 1.). Wernher P. 9. Obs. 60. Lauterbach coll. L. 18. T. 1. §. 39.

[*s*] S. oben §. 153. §. 197. fgg.

[*t*] Pol. Ord. v. 1577. Tit. 19. §. 3. Heineccius de vendit. illicita fruct. in herba. Hal. 1737. u. 1759.

[*u*] S. oben §. 169.

[*x*] L. 11. §. 2. de act. E. V. (19. 1.) und oben §. 76.

[*y*] L. 13. §. 31. eod. und fast alle §. 259. 260. citirten Gesetze. Lauterbach coll. L. 19. T. 1. §. 26. fgg.

Beschreibung des Objects zu geben [z], und wegen der Eviction zu caviren [a]. Der Käufer ist dagegen 2) verbunden, a) den versprochenen Preis in den gehörigen Münzsorten zu zahlen [b]. So lange diefs nicht geschehen ist, geht das Eigenthum der Sache nicht auf den Empfänger über, sofern nicht auf Credit gehandelt ist [c]; auch ist der Käufer schuldig, Verzugszinsen zu erlegen, er sey nun durch seine Schuld an der Zahlung gehindert, oder nicht [d]. Aufserdem ist er b) dem Verkäufer zur Erstattung der, nach Abschlufs des Kaufs aufgewandten nothwendigen und nützlichen Auslagen verbunden [e]. Im Uebrigen sind sich beide Theile wegen schuldvoller Versehen ganz nach den allgemeinen Grundsätzen (§. 254.) verantwortlich [f], und können ihre gegenseitigen Ansprüche durch die *actio emti* und die *actio venditi* geltend machen [g].

§. 859.

II) Mieth-Contract. Ein Mieth-Contract (*locatio conductio*) ist alsdann vorhanden, wenn Jemand (*locator*) einem Andern (*conductor*) den Gebrauch seiner Sachen als persönliches Recht [h], oder seine, nach einem Marktpreise schätzbaren Dienste gegen einen bestimmten Preis überläfst [i]. Bey Gebäuden heifst der Miethsmann

[z] L. 35. §. ult. L. 63. §. 1. h. t. (18. 1.) L. 48. L. 52. pr. de act. E. V. (19. 1.).

[a] S. oben §. 178. fgg.

[b] S. oben §. 99. fgg.

[c] §. 41. I. de rer. divis. (2. 1.).

[d] S. oben §. 279. Ueber Waarenschulden S. Struben 3. B. 31. Bed. Müller ad Leyser Obs. 433.

[e] L. 13. §. 22. de act. E. V. (19. 1.) L. 16. C. eod. (4. 49.).

[f] L. 35. §. 4. L. 68. h. t. (18. 1.) L. 13. §. 16. de act. E. V. (19. 1.). Die gemeine Theorie ist hier natürlich wieder abweichend. Cocceii L. 18. T. 6. qu. 5. et Emminghaus ibid. Eben so sind zum Theil abweichend, zum Theil übereinstimmend: Löhr Theorie der Culpa. S. 150—160. Schöman Handb. 1. B. S. 282—298. Löhr Beyträge S. 188. fgg.

[g] Tit. P. de act. E. V. (19. 1.) Tit. C. eod. (4. 49.).

[h] S. oben §. 855. und überhaupt über diese Materie: A. Brummer Exerc. de locatione conductione. Lips. 1664. (auch in dessen op.). A. Wege Tr. de eod. arg. I. Voet de eod. arg. Lugd. Bat. 1681. D'Avezan de eod. arg. (Meermann Thes. T. 4.). I. H. Boehmer selecta capita circa locat. conduct. praed. rustic. (Exerc. T. 3.). Westphal a. a. O. §. 889—1045. E. E. Münter das Frachtfahrerrecht. Hannov. 1798. 2. B. 8.

[i] L. 5. §. 2. L. 22. de praescr. verb. (19. 5.) L. 1. sq. de extraord. cogn. (50. 13.). Wege l. c. cap. 4. n. 49.

vorzugsweise *inquilinus*, bey Landstücken Pachter, oder *colonus* [k]. Verdingt Jemand seine Dienste zu einem ganzen Werk, so heifst er insofern, als er sich die Vollendung des Werks bedingt, *conductor operis;* insofern er hingegen seine Dienste vermiethet, *locator operarum.* Der, für den das Werk errichtet werden soll, heifst dann im Gegensatz: *locator operis*, und *conductor operarum* [l].

§. 860.

Allgemeine und

Der Mieth-Contract steht unter den allgemeinen Grundsätzen über Verträge und Consensual-Contracte, und kann daher ausdrücklich und stillschweigend errichtet werden [m]. Wird eine Miethe erneuert, so nennt man diefs *relocatio.* Im Zweifel wird dabey, ohne Nachtheil eines Dritten [n], die Fortsetzung der vorigen Bedingungen angenommen [o]; auch kann natürlich die Relocation stillschweigend geschehen. Geschieht diese stillschweigende Erneuerung blofs dadurch, dafs der Vermiether die Fortsetzung des bisherigen Zustandes leidet, so kann, (wo nicht Statuten und Gewohnheiten, wie es in Deutschland häufig ist, abweichen) das Verhältnifs zu jeder Zeit aufgerufen werden. Nur Landgüter sind bey dieser stillschweigenden Wiederverpachtung dem Pachter ein Jahr lang zu lassen, welches auch in Deutschland unbedingt anzunehmen ist, und bey *praediis urbanis* dauert die Relocation so lange, als die erste Miethzeit, wenn diese schriftlich verabredet war [p].

§. 861.

besondere Erfodernisse.

Die besonderen Erfodernisse des Mieth-Contracts sind 1) eine Sache, welche nicht verzehrbar ist [q], oder Dienste in dem an-

[k] L. 37. de A. l. A. P. (41. 2.).

[l] L. 22. §. 2. L. 25. §. pen. L. 60. §. pen. h. t. (19. 2.) L. un. pr. de aestimat. (19. 3.).

[m] Leyser Sp. 213. m. 1. Müller Obs. 425. Struben 3. B. 58. Bed.

[n] L. 7. C. h. t. (4. 65.). Müller Obs. 437.

[o] L. 13. §. 11. h. t. (19. 2.) L. 16. C. eod. (4. 65.). Struben a. a. O.

[p] L. 13. §. ult. D. l. c. Müller ad Leyser Obs. 438. Ueber die Ideen Andrer s. Höpfner Comm. §. 891. not. 3. In Betreff der Landgüter sind im Ganzen gleichdenkend F. Alef de tacitae relocat. termino quoad praedia rustica. Heidelb. 1753. E. Schrader Abh. aus dem Civilrecht. 1. B. 2. Abh.

[q] L. 3. §. ult. commod. (13. 6.);

gegebenen Sinn. 2) Ein bestimmter oder bestimmbarer Preis [r]. In Ansehung des Falls, wenn Geld und Sachen versprochen, oder diese nachher jenem substituirt werden, gilt wieder eben das, was vorhin (§. 857.) vom Kauf gesagt ist [s]. Besonders aber ist es hier, dafs es auch als Pachtung angesehen wird, wenn man statt des Preises ein bestimmtes Maafs von Früchten verspricht. Wird blofs ein verhältnifsmäfsiger Theil der erzeugten Früchte versprochen, so heifst das Geschäft *colonia partiaria* [t]. 3) Die Contrahenten müssen insbesondere dieses Geschäfts fähig seyn. Ausgenommen sind A) Decurionen, Soldaten und Geistliche, welche, wenigstens nach den Gesetzen, keine Landgüter, so wie B) Vormünder insofern, dafs sie keine Sachen des Regenten, oder des Staats pachten dürfen [u]. Auch ist es C) verboten, da Hörsäle zu miethen (und überhaupt anzulegen), wo Handwerker Geräusch machen, woraus Viele umgekehrt, aber offenbar irrig, eine Verpflichtung der Handwerker abgeleitet haben [x]. Endlich D) mufs die Verpachtung kaiserlicher, fiscalischer und städtischer Güter öffentlich geschehen [y].

§. 862.

Wirkungen, Pflichten des Vermiethers.

Was die besonderen Wirkungen dieses Vertrages, (wegen deren dem Vermiether die *actio locati*, dem Miether die *actio conducti* zusteht) betrifft, so ist 1) der Vermiether verbunden, A) die versprochene Sache, oder, im Nothfall, eine andre, gleich gute, mit allem Zubehör herauszugeben [z], und die Dienste gehörig zu leisten [a]. Ferner mufs er B) dem Abmiether erlauben, durch eine

[r] L. 25. pr. h. t. (19. 2.).

[s] L. 5. L. 20. §. 1. L. 24. §. 5. L. 46. eod. G. von dem Busch de mercede in loc. cond. Duisb. 1782.

[t] L. 25. §. 6. L. 35. in f. eod. L. 21. C. h. t. (4. 65.) vergl. mit Höpfner Comm. §. 887. Voet L. 19. T. 2. §. 8. Wernher lect. comm. eod. §. 9. W. A. Lauterbach de colono part. Tub. 1670.

[u] L. 49. pr. §. 1. h. t. (19. 2.) L. 30. 31. C. eod. (4. 65.) L. un. C. ne tutor. vel curat. vectigal. cond. (5. 41.). Ueber den heutigen Gebrauch: Höpfner a. a. O. §. 885.

[x] L. un. C. de stud. lib. (11. 18.) vergl. mit Höpfner a. a. O.

[y] L. 1. L. 3. C. de locat. praed. civ. (11. 70.).

[z] L. 3. L. 9. pr. L. 19. §. 2. L. 24. §. 4. L. 28. §. 2. L. 60. pr. h. t. (19. 2.).

[a] L. 2. §. 7. de eo quod certo loco (13. 4.).

Aftermiethe (*sublocatio*) einen Andern an seine Stelle zu setzen, sofern ihm diefs nicht schädlich, oder das Gegentheil bedungen ist, woraus jedoch nur persönliche Verhältnisse zwischen dem ersten Miethsmann, und dem Aftermiethsmann, nicht aber zwischen diesem und dem ersten Vermiether entstehen [*b*]. Nur dann kann also der Aftervermiethung widersprochen werden, wenn der Aftermiether der Sache gefährlich oder das Gegentheil bedungen [*c*], also auch, wenn bey Diensten besondere Rücksicht auf die Geschicklichkeit des Subjects genommen ist [*d*]. Sodann ist C) der Vermiether verbunden, die Sache in brauchbarem Stande zu erhalten [*e*], alle ordentlichen und aufserordentlichen Real-Lasten, welche nicht auf die Früchte gelegt sind, zu tragen [*f*], auch die nützlichen und nothwendigen, oder sonst mit seinem Willen aufgewandten Auslagen zu vergüten [*g*], und die Kosten zu tragen, welche aufzuwenden sind, damit er seine vermietheten Dienste leisten kann [*h*]. Endlich D) mufs er dem Miethsmann, wenn kein Grund der Zurückhaltung vorhanden ist, die Freyheit des Abzugs lassen. Verhindert er diefs, so hat der Miethsmann (auch jeder, welcher unentgeltlich wohnte) ein *interdictum de migrando*, welches aber dem Pachter nicht zusteht [*i*].

§. 863.

und des Miethers.

Dagegen ist 2) der Miether verpflichtet, A) die Sache ordnungsmäfsig zu gebrauchen [*k*]; wogegen er aber auch den Zufall nicht zu

[*b*] L. 73. §. ult. de R. I. (50. 17.).

[*c*] L. 6. C. h. t. (4. 65.). C. D. Andersen de iure quod competit primo locatori in subconduct. Goett. 1777. Müller ad Leyser Obs. 441.

[*d*] Emminghaus ad Cocceii L. 19. T. 2. qu. 9.

[*e*] L. 58. §. 2. h. t. (19. 2.).

[*f*] L. 39. de usufr. (7. 1.) L. 9. C. de metatis (12. 41.) cap. 25. X. de decimis (3. 30.). Ueber die Einquartirungen: Lauterbach coll. L. 19. T. 2. §. 99. 100. Pufendorf T. 4. Obs. 107. G. M. Weber über die Repartition der Kriegsschäden. Würzb. 1798. §. 68. fgg. E. A. Haus über Ersatz und Vertheilung der Kriegsschäden. Nürnb. 1801. K. H. Hatzfeld Prüfung d. Grunds. welche über Peräquation der Kriegslasten bisher sind aufgestellt worden. Frkf. a. Mayn 1801.

[*g*] L. 19. §. 4. L. 55. §. 1. L. 61. pr. h. t. (19. 2.).

[*h*] L. 60. §. 8. eod.

[*i*] L. 1. §. 1. 2. 3. de migrando (43. 32.). Faber error. pragm. D. 58. E. 3. D. 60. E. 5.

[*k*] L. 25. §. 3. h. t. (19. 2.).

tragen braucht [*l*]. Eine Ausnahme hievon findet statt: a) wenn ausgemacht ist, daſs das Eigenthum der Sache auf den Miether, gegen die Verpflichtung, eben so viel zu restituiren, übergehen solle, welchen Nebenvertrag man *contractus socidae*, und bey Thieren Eisern-Vieh-Contract nennt [*m*]. Im Zweifel liegt in der Ueberlassung gegen eine Taxe eine solche eigenthümliche Uebertragung [*n*]. b) Wenn nach gesetzlicher Vorschrift das Eigenthum einer Sache auf den Miether übergeht. Dieſs ist der Fall, wenn Jemand sich die Bearbeitung fungibiler Sachen bedingt [*o*], so wie im Fall einer Commixtion [*p*]. c) Wenn der Miether eines Werks sich dessen Verfertigung auf Billigung bedungen hat, bis dahin, daſs diese erfolgt ist, es sey denn, daſs das verdungene Werk vorher durch eine andre Sache dessen, für welchen es gearbeitet wird, beschädigt oder vernichtet seyn sollte [*q*]. Ereignet sich sonst ein Zufall in der Person des Miethers, oder Vermiethers, so gelten ganz die allgemeinen Grundsätze [*r*]. Ferner B) muſs der Miether das versprochene Miethgeld zur gehörigen Zeit, d. h. in der Regel nach geendigtem Gebrauch der Sache, und nach Leistung der Dienste entrichten [*s*], und zwar ganz. Ausnahmen sind: a) wenn ihm das Object des Vertrages gar nicht, oder nicht so, daſs er es annehmen konnte, oder nur zum Theil geleistet ward [*t*]. b) Wenn der Miether sonst den Nutzen nicht zog, und der Vermiether von einem Andern das Miethgeld erhielt, oder erhalten konnte [*u*]. c) Wenn die nicht percipirten Früchte [*x*] einer gepachteten Sache durch auſser-

[*l*] L. 11. pr. L. 30. §. 4. eod.

[*m*] L. 3. eod.

[*n*] Die Gründe liegen in §. 447. not. t. und L. 54. §. 2. eod. Ueber die Meynungen Andrer in Betreff der Feld-Inventare: Höpfner Comm. §. 889. not.**.

[*o*] L. 36. eod.

[*p*] L. 31. eod. Westphal a. a. O. §. 931.

[*q*] L. 36. L. 37. L. 51. §. 1. L. 59. L. 62. eod. Westphal §. 934.

[*r*] S. oben §. 175.

[*s*] L. 24. §. 2. 3. L. 30. §. 3. eod.

[*t*] L. 13. §. 7. L. 15. §. 1. L. 25. §. 2. L. 27. pr. §. 1. L. 33. 34. 35. eod.

[*u*] L. 19. §. 9. §. ult. L. 51. pr. eod.

[*x*] L. 15. §. 2. eod. Carpzov P. 2. c. 37. Def. 20. Brunnemann ad L. 15. cit. n. 6 — 9. Lauterbach coll. L. 19. T. 2. §. 89. — Viele setzen den Termin weiter: Berger oecon. L. 3. T. 5. §. 23. n. 5. Mevius resol. singular. quaest. in causs. propr. et pensionar. c. 1. n. 191 — 230. Leyser med. in suppl. T. 11. sp. 217. Struben 1. B. 95. Bed.

ordentliche Zufälle, z. B. Wasserfluthen, Mifswachs und Krieg, beschädigt oder vernichtet werden [y], und der Pachter nicht die Gefahr übernommen hat [z]. Ist in diesem Fall der Schaden ungewöhnlich und bedeutend, so kann der Pachter, selbst wenn er nicht über die Hälfte verletzt ist [a], einen verhältnifsmäfsigen Nachlafs fodern [b]; nur mufs der Schaden nicht durch die Vortheile aufgewogen werden, welche in der Zeit gewonnen sind, nach deren Endigung das Pachtgeld zu erlegen ist [c]; auch nicht blofs die Saatkosten betreffen [d]. Merkwürdig ist auch noch in Ansehung des Miethgeldes, dafs die Mutter für ein, auf der Reise gebornes Kind das Fuhrlohn nicht zu erhöhen braucht [e]. Endlich C) ist der Miether verpflichtet, die Sache zur gehörigen Zeit zurückzuliefern [f]. Von dieser Verpflichtung befreyet ihn nicht die Einrede des, einem Dritten zustehenden Eigenthums [g], wohl aber die Einrede des, ihm selbst zustehenden Eigenthums, zwar nicht in der Regel [h], aber doch wenigstens dann, wenn die Einrede sofort klar gemacht [i], oder wenn er durch die Eigenthumsklage auf die Rückgabe belangt wird [k].

§. 864.

Gemeinschaftliche Pflichten.

Eine gemeinschaftliche Pflicht beider Theile ist es, dafs sie sich wegen jedes geringsten Versehens nach allgemeinen Grundsätzen verantwortlich sind [l], nicht aber wegen der, von einem

G. L. Boehmer de obligatione locatoris ob impeditum rei locatae usum op. 1. §. 20. (Elect. T. 1.) auch überhaupt: G. F. Albrecht de remissione mercedis ob sterilitatem indulgenda. Goett. 1779.

[y] L. 13. §. 7. L. 15. §. 2. 3. 4. L. 25. §. 6. L. 33. L. 34. eod. L. 18. C. eod. (4. 65).

[z] Ueber diesen Fall s. oben §. 176.

[a] A. M. ist Mevius P. 9. Dec. 116.

[b] L. 25. §. 6. h. t. (19. 2.). Wesel de remissione mercedis, c. 5. n. 1—3. Struben de iure villicorum, cap. 4. § 5. Voet L. 19. T. 2. §. 25. Emminghaus ad Cocceii L. 19. T. 2. qu. 24.

[c] L. 15. §. 4. D. eod.

[d] L. 15. §. 7. eod. Westphal §. 976.

[e] L. 19. §. 7. eod.

[f] L. 34. C h. t. (4. 65.).

[g] arg. L. 15. commod. (13. 6.). Cocceii eod. Tit. qu. 1. 2.

[h] L. 25. C. h. t. (4. 65.).

[i] arg. L. 31. depos. (16. 3.). Mevius P. 2. Dec. 263. P. 3. Dec 301. Berger Oec. iur. L. 3. T. 5 Th. 24 n. 6. Müller ad Leyser Obs. 443.

[k] Ueberh. Weber Beytr. zu d. Lehre v. den Kl. und Einr. 2. 3. St. S. 85—111.

[l] §. 5. I. h. t. (3. 25.) L.

Dritten herrührenden Beschädigungen, ausgenommen wenn sie dazu durch ihre Schuld Veranlassung gaben [*m*]. Eine wichtige Ausnahme findet in Rücksicht der Schiffer, Gast- und Stallwirthe statt; diese kann aber erst unten bey der, auf einem allgemeineren Vertrage beruhenden prätorischen *actio de recepto* (§. 911.) deutlicher werden.

§. 865.

III) Mandats-Contract.

Macht man sich Jemandem ohne Lohn verpflichtet, ein Geschäft zu besorgen, so wird diefs ein Mandats-Contract genannt [*n*]. Der, welcher den Auftrag ertheilt, heifst Gewaltgeber (*mandans*), der, welcher denselben übernimt, Bevollmächtigter (*procurator, mandatarius*). Bey einzelnen Geschäften erhalten die Personen wieder besondere Namen. Geschah der Auftrag zum Besten eines Dritten auf Gefahr des Gewaltgebers, so nennt man den Auftrag *mandatum qualificatum*, und den Gewaltgeber vorzugsweise *mandator*. Bey der Cession sind wieder andere Benennungen [*o*]. Eben so bey der Assignation, d. h. dem Auftrage, dafs der Bevollmächtigte (*assignatarius*) eine Foderung des Gewaltgebers (*assignans*) von einem Dritten (*assignatus*) zu seiner Befriedigung einheben solle [*p*].

§. 866.

Dessen Erfodernisse.

Zum Wesen des Mandats gehört: 1) dafs der Empfänger des Auftrags sich verbindlich macht, denselben zu vollführen. Es ist also unterschieden von Befehlen, welche freilich unter Umständen verpflichtend, und dem Befehlenden nachtheilig seyn können [*q*], so wie von Rathschlägen, Empfeh-

25. §. 7. eod. (19. 2.) L. 5. §. 15. commod. (13. 6.) L. 12. pr. L. 48. §. 4. de furt. (47. 2.). Die gemeine Theorie über die culpa ist hier wieder sehr in Verlegenheit. Vergl. Höpfner Comment. §. 889. not. 1. Schöman Handb. 1. B. S. 299—309.

[*m*] L. 3. §. 1. nautae, caupones (4. 9.) L. 41. h. t. (19. 2.) L. 5. §. 13. L. 10. §. 1. L. 11. L. 12. §. 1. L. 20. commod. (13. 6.) L. 20. commun. divid. (10. 3.) vergl. mit Voet L. 10. T. 3. §. 4. Wehrn doctr. expl. princ. damni §. 2.

[*n*] W. A. Lauterbach ad Tit. D. mandat. I. D'Avezan de mandato. (Meermann Thes. T. 4.). A. Buchner vom Vollmachts-Contr. Landsh. 1809.

[*o*] S. oben §. 75.

[*p*] H. de Cocceii D. de assignatione. Frkf. ad V. 1703. Stryk U. M. L. 18. T. 4. §. 14. fgg.

[*q*] S. oben §. 372.

lungen und Anpreisungen. Wer diesen folgt, hat keine Ansprüche auf Entschädigung, ausgenommen, a) wenn er ohne den Rath nicht würde gehandelt haben, und der Rathende zugleich die nachtheiligen Folgen desselben übernahm [r]; b) wenn der Rathende arglistig handelte [s], oder c) von Amtswegen, oder vermöge eines Vertrags verbunden war, einen Rath zu ertheilen, und dabey etwas versah [t]; endlich d) nach der Gewohnheit vieler Orte, wenn Kaufleute Empfehlungen ausstellen [u]. Alsdann müssen 2) die Bedingungen eines Vertrages überhaupt vorhanden seyn. Die Ratihabition (§. 139.) wirkt hier also auch, aber nur für die Zukunft [x]. 3) Der Auftrag muſs direct oder indirect (wie bey der Cession und Assignation) zum Vortheil des Gewaltgebers, oder eines Dritten gereichen. Ein Mandat zum Vortheil des Bevollmächtigten gilt nur dann, und macht den Gewaltgeber nur dann verantwortlich, wenn jener ohne das Mandat nicht würde gehandelt haben [y]. 4) Der Bevollmächtigte muſs seine Dienste ohne Lohn versprechen. Er muſs sie also entweder a) unentgeltlich leisten, oder b) die Dienste müssen von der Art seyn, daſs sie keinen Marktpreis haben. Was dann versprochen wird, das ist kein Lohn, sondern *honorarium*, und dieſs ändert eben so wenig das Mandat, als ein nachheriges freywilliges Geschenk, welches insofern auch *honorarium* heiſst [z]. Ist der Mandatar ein Mäkler (*proxeneta*), d. h. eine Person, welche man gebraucht, um rechtliche Geschäfte zu Stande zu bringen, so wird das Honorar insbesondere *proxeneticum* genannt [a].

[r] Arg. L. 6. §. 5. h. t. (17. 1.). Meine Versuche. 1. B. n. 6. Ueber die Ideen Andrer: Höpfner Comm. §. 919. not. 3. und überhaupt: F. A. Frommann de commendatione. Tub. 1669. N. C. Lynker de commendatione speciali. Ien. 1693. O. H. Schacher de laude intempestiva. Lips. 1684. Schöman Handb. 2. B. S. 222—226.

[s] L. 47. de R. I. (50. 17.).

[t] L. 2. quod quisque iuris (2. 2.).

[u] Wernher P. 4. Obs. 495. Stryk L. 17. T. 1. §. 16. Klein Rechtsspr. 3. B. n. 15. Höpfner l. c. not. 4. Lauterbach coll. L. 17. T. 1. §. 16.

[x] L. 60. de R. I. (50. 17.). Meine Versuche. 2. B. n. 10.

[y] L. 6. §. 5. L. 12. §. 13. L. 48. §. ult. h. t. (17. 1.).

[z] Trendelenburg de honorario. Kil. 1775. §. 8. 10. Cocceii L. 17. T. 1. qu. 7.

[a] Tit. P. de proxeneticis (50. 14.). I. G. Silberrad de

§. 867.

und Wirkungen. Aus dem Mandat entstehen doppelte Verhältnisse, theils zwischen den Contrahenten, theils in Rücksicht dritter Personen. In dem ersten Betracht ist 1) der Bevollmächtigte verpflichtet, das übertragene Geschäft gehörig auszuführen, also a) nur dasjenige, was ihm aufgetragen ist. Hier hängt denn alles von dem Umfange des Mandats ab. Ueberschreitet er die Grenzen des Auftrags, so muſs man unterscheiden, ob er etwas geradezu wider (*contra*), oder ob er nur etwas ohne (*praeter*) den Auftrag that. Im letzten Fall ist er als Geschäftsführer zu behandeln, im ersten hingegen hat er wegen seiner unbefugten Auslagen keine Klage, und kann sich deſshalb nur durch das Retentions-Recht schützen [*b*]. Ferner b) muſs er das Geschäft ganz vollführen. Ward die gänzliche Vollendung zur absoluten Bedingung gemacht, so braucht der Gewaltgeber das, was unvollendet gelassen ist, nicht anzuerkennen [*c*]. c) Der Bevollmächtigte muſs den höchsten Fleiſs anwenden [*d*], und wird durch Arglist infamirt [*e*]. Eine Ausnahme findet statt, wenn der Bevollmächtigte sich zur Ausübung einer *ars liberalis* verbunden hat, z. B. als *mensor* [*f*]. Denn dann haftet er, selbst wenn er nicht unentgeltlich arbeitete [*g*], auch noch jetzt [*h*], nur wegen *dolus* und *culpa lata* [*i*], und dieſs auch nur

sensalibus, vulgo Mäklern. Altd. 1711. H. Bodinus de philantropo, vulgo von Mähler-Gelde. Hal. 1699.

[*b*] L. 3. §. ult. L. 4. L. 33. mandat. (17. 1.) §. 8. l. eod. (3. 27.) L. 24. C. de negot. gest. (2. 19.). Struv Ex. 22. Th. 12. Lauterbach coll. L. 17. T. 1. § 22. Voet L. 17. T. 1. §. 11. Wernher lect. comm. eod. §. 14. 15. Müller ad Leyser Obs. 374.

[*c*] L. 36. §. ult. L. 56. §. ult. h. t. (17. 1.). Voet l. c. §. 10.

[*d*] L. 13. C. h. t. (4. 35.). Die gemeine Theorie ist hier wieder sehr in Verlegenheit. Höpfner Comment. §. 926. not. 3.

[*e*] L. 6. §. ult. de his qui not. infam. (3. 2.).

[*f*] Dieser Ausdruck bezeichnet Jeden, welcher etwas nach arithmetischen oder geometrischen Grundsätzen bestimmt. L. 5. §. 2. L. 6. L. 7. si mensor falsum modum (11. 6.).

[*g*] Ueber die Meynungen Andrer: Struv D. de damnis etc. Helmst. 1642. Th. 87. Voet L. 11. T. 6. §. 1. Wehrn doctr. explicatr. princ. damn. p. 176. not. 23.

[*h*] Huber prael. L. 11. T. 6. §. 1. A. M. ist Schilter Ex. 21. Th. 24. Glück Comm. 11. B. §. 765.

[*i*] L. 1. §. 1. D. eod.

dann, wenn der, dem er schadete, sich nicht auf andre Art erholen kann [*k*]. Die Römische Vorschrift, daſs die Erben des *mensoris* als solche nicht belangt werden können [*l*], fällt aber jetzt weg [*m*]. 2) Eine fernere Pflicht des Mandatars ist, daſs er, wenn das Geschäft auf seine besondern Geschicklichkeiten berechnet ist, dasselbe in eigner Person ausführe. Unbedingt wird dieſs nur bey gerichtlichen Geschäften angenommen; sonst aber kann er sich im Zweifel einen Andern substituiren [*n*]. Geschieht dieſs, so ist der Mandatar, sofern ihm eine Ungeschicklichkeit bey der Wahl des Substituten vorgeworfen werden kann, wegen der Handlungen desselben verantwortlich, sonst aber nicht [*o*]; doch versteht es sich, daſs aus dieser Substitution nur Contracts-Verhältnisse zwischen dem Mandatar und Substituten entspringen [*p*]. Ferner 3) ist der Mandatar verpflichtet, das, was er durch das Mandat gewonnen hat, herauszugeben [*q*], oder, wenn es ihm zur Abfindung bestimmt war, abzurechnen. Bey der Cession liegt schon an sich in der Abtretung einer wahren Foderung die Befriedigung des Mandatars [*r*]. Die Assignation (§. 865.) hingegen wird nicht als Zahlung betrachtet, und der Assignatar behält gegen den Assignanten seinen Regreſs frey, wenn er nichts auf die Assignation erhält [*s*]. Wegen der Zinsen ist der Mandatar ganz nach allgemeinen Regeln (§. 279.) verantwortlich [*t*].

[*k*] L. 3. §. 2. L. 5. §. 1. eod. L. 40. pr. de contr. emt. (18. 1.).

[*l*] L. 3. §. 5. si mensor falsum modum (11. 6.).

[*m*] Huber l. c. §. 2. Stryk eod. §. 21. A. M. ist Leyser Sp. 128 Cor. 2.; allein wider das Princip in §. 68.

[*n*] L. 8. §. 3. h. t. (17. 1.). Wernher lect. comm. eod. §. 17. 18. Cocceii eod. qu. 3. 4. Meine Versuche. 2. B. n. 6.

[*o*] L. 21. §. ult. de negot. gest. (3. 5.) L. 50. de administr. tutor. (26. 7.). Müller ad Leyser Obs. 373.

[*p*] L. 28. de negot. gest. (3. 5.) L. 8. §. 3. L. 53. h. t. (17. 1.) L. 1. §. 11. depositi (16. 3.).

[*q*] L. 10. §. 2. 3. 8. 9. L. 20. pr. h. t. (17. 1.).

[*r*] S. oben §. 180.

[*s*] Wernher P. 7. Obs. 181. H. de Cocceii de assignat. §. 24. Man muſs aber nicht mit Vielen, z. B. Müller ad Leyser Obs. 416. sagen, dieſs sey eine Ausnahme von der Regel, daſs der Cedent nicht wegen der Güte der Foderung hafte. Denn Assignation ist ja überhaupt keine Cession. S. den, oben §. 180. not. q. citirten Weber.

[*t*] Lauterbach coll. L. 17. T. 1. §. 30.

Endlich 4) ist der Bevollmächtigte verpflichtet, die, ihn bey Ausführung des Mandats treffenden Unglücksfälle zu tragen [u], Rechnung abzulegen, und zu restituiren, was ihm nach dem Vertrage nicht zufällt [x]. Wegen aller dieser Obliegenheiten kann er durch die *actio mandati directa* belangt werden. Mehrere Mandatare haften hier wie *correi* [y]. Hat aber der Gewaltgeber kein weiteres Interesse, so ist die Klage, sofern sie auf Vollführung des Auftrags gerichtet wird, unzulässig [z].

§. 868.

Fortsetzung. Der Gewaltgeber ist dagegen verpflichtet, und zwar von mehreren jeder in der Regel nur *pro rata* [a], 1) dem Bevollmächtigten wegen jedes geringsten Versehens verantwortlich zu werden [b]. Arglistige Handlungen infamiren sogar den Gewaltgeber [c]. Ferner 2) mufs er dem Bevollmächtigten, nebst Zinsen, alle Auslagen erstatten [d], und denselben von übernommenen Verbindlichkeiten befreyen [e]; endlich auch 3) demselben das bestimmt versprochene Honorar auszahlen [f]. Hat kein Versprechen stattgehabt, so mufs der Bevollmächtigte, wenn er seinen Unterhalt mit solchen Handlungen sucht, als wozu er sich verband, durch aufserordentliche Rechtsmittel auf die Zahlung eines, nach Billigkeit zu bestimmenden Honorars dringen [g]. Das allgemeine, dem Bevollmächtigten zustehende Rechtsmittel ist die *actio mandati contraria*.

[u] So klar diefs auch L. 26. §. 6. h. t. (17. 1.) sagt, so lassen sich doch Viele mit Voet L. 17. T. 1. §. 3. durch eine angebliche Billigkeit weiter führen.

[x] L. 10. §. 9. eod.

[y] L. 60. §. 2. eod. vergl. mit Voet l. c. §. 8.

[z] L. 8. §. 6. L. 16. eod. Voet eod. §. 12.

[a] Lauterbach coll. L. 17. T. 1. §. 20.

[b] S. vorhin §. 867. not. d.

[c] L. 6. §. 5. de his qui not. infam. (3. 2.). Der §. 7. ibid. ist nach der Verbindung von der actio tutelae contraria zu verstehen.

[d] L. 12. §. 9. L. 26. §. 4. h. t. (17. 1.). Lauterbach l. c. §. 37.

[e] L. 45. §. 5. eod.

[f] L. 17. C. eod. (4. 35.).

[g] L. 7. D. eod. L. 1. de extraord. cogn. (50. 13.) L. 2. de proxeneticis (50. 14.). Leyser Sp. 519. m. 12.

§. 869.

Verhältniſs zu Dritten.

Auch gegen Dritte können der Gewaltgeber und Bevollmächtigte in Rechtsverhältnisse kommen. Da die, hierüber stattfindenden Grundsätze durch eine Ausdehnung dessen, was ursprünglich in Betreff der Schiff- und Handelsherren festgesetzt war, angenommen sind: so ist zuvörderst die Lehre von der *actio exercitoria* und *institoria* vorauszuschicken.

§. 870.

Fortsetzung. Ueber die exercitoria.

Jeder, welcher ein eignes, oder ganz von ihm zum Gebrauch übernommenes fremdes Schiff zu Geschäften auf seine Rechnung braucht, heiſst Schiffsrehder oder *exercitor* [h], derjenige hingegen, dem die, auf das Schiff, oder dessen Ladung sich beziehenden, nicht in bloſser Schiffsarbeit bestehenden Geschäfte übertragen sind, wird Setzschiffer oder *magister navis* genannt [i].

§. 871.

Fortsetzung.

Der *magister* erhält als solcher die Befugniſs, alle zur Vollführung des, ihm übertragenen Geschäfts erfoderlichen Verträge zu schlieſsen, auch kann er, selbst wenn es ihm verboten ist, sich einen Andern substituiren [k]. Hat er dann den Grenzen seines Mandats gemäſs gehandelt [l], so wird der *exercitor* aus allen Verträgen desselben, der Gegenstand sey ein Geldanlehn, oder etwas Anderes, dem Dritten vollkommen verpflichtet, selbst wenn der *magister* das Empfangene sollte verschleudert haben; in welchem letzten Fall aber das Anlehn namentlich für die Schiffsangelegenheiten gemacht seyn muſs [m]. Wegen unerlaubter Handlungen des *magister* haftet der *exercitor* nur insofern, als jener sie bey Ausübung seines Amtes beging [n]. Nur

[h] L. 1. §. 15. de exerc. act. (14. 1.).

[i] L. 1. §. 1, 2. 3. 13. 14. eod. P. Peck de re nautica; c. not. A. Vinnii p. 77. sqq. G. Barth de magistro navis. Lips. 1694.

[k] L. 1. §. 5. de exerc. act. (14. 1.).

[l] L. 1. §. 7. 12. eod.

[m] L. 1. §. 9. L. 7. pr. eod.

[n] L. 5. §. 8. L. 11. §. 4. de inst. act. (14. 3.) L. 5. §. 5. de dol. mal. except. (44. 4.). Carpzov P. 2. Dec. 133. Stryk L. 14. T. 1. §. 14. Barth l. c. cap. 2. §. 20—28. Glück Comm. 14. B. §. 892. A. M. sind Cocceii L. 14. T. 3. qu. 4. Lauterbach coll. L. 39. T. 4. §. 31. wegen der Regel in L. 1. §. 2. h. t. (14. 1.).

dann ist er unbedingt dafür verantwortlich, wenn der Schaden im Schiff geschah, wie aber erst unten in der Lehre von den sogenannten Quasi-Delicten weiter gezeigt werden kann.

§. 872.

Fortsetzung. Die Klage, welche von dem Dritten aus den Verträgen, oder den, bey Ausübung seines Amts begangenen Verbrechen des *magister* gegen den *exercitor* angestellt wird, heifst *actio exercitoria* [o]. Waren mehrere *magistri* da, so kann sie aus den Handlungen eines jeden angestellt werden, welcher in Beziehung auf die, ihm übertragenen Geschäfte etwas vornahm [p]. Gegen mehrere *exercitores* kann sie, unter Vorbehalt der Einrede der Theilung [q], *in solidum* [r], gegen die Erben aber nur auf ihre *rata* gerichtet werden [s]; es sey denn, dafs gegen sie aus einer, nach Antretung der Erbschaft vom *magister* vorgenommenen Handlung geklagt wird [t].

§. 873.

Fortsetzung. So lange der *magister* im Amte bleibt, kann auch gegen ihn geklagt werden, jedoch natürlich wegen der, von ihm als Bevollmächtigten geschlossenen Verträge nicht als gegen einen Selbstschuldner, sondern nur dahin, dafs er dem Gläubiger aus dem Vermögen des *exercitor* Befriedigung verschaffe [u]. Nach niedergelegtem Amte hat keine Klage gegen ihn statt, falls er sich nicht selbst durch Intercession, Handeln in eignem Namen, Ueberschreitung des Auftrags, oder Besorgung unerlaubter Geschäfte verpflichtete [x].

[o] W. A. Lauterbach D. de exercitor. act. A. P. Frick D. de act. exercitoria. Helmst. 1793.

[p] L. 1. §. 13. 14. eod.

[q] Denn man gibt sie ja jetzt nach §. 267. allen correis. Barth l. c. cap. 2. §. 15. A. M. ist Lauterbach coll. L. 14. T. 3. §. 15. 22.

[r] L. 1. §. ult. L. 2. L. 3. eod.

[s] L. 14. de inst. act. (14. 3.) L. 6. C. fam. herc. (3. 36.).

[t] arg. L. 17. §. 2. vergl. mit L. 3. §. 3. commodat. (13. 6.).

[u] L. 1. §. 17. h. t. (14. 1.) vergl. mit L. 6. §. 1. de neg. gest. (3. 5.) L. 43. §. 1. de admin. tut. (26. 7.) L. 15. C. eod. (5. 37.) L. 4. pr. de re iudic. (42. 1.). Cocceii I. C. L. 14. T. 1. qu. 3. Walch controv. p. 679. 680. auch Lauterbach coll. L. 14. T. 3. §. 13. 14.

[x] L. ult. de inst. act. (14. 3.). Lauterbach L. 14. T. 1. §. 10. T. 3. §. 15. Hellfeld iurispr. for. §. 953.

§. 874.

Beschlufs. Umgekehrt kann der *exercitor* aus den, Namens seiner geschlossenen Verträgen des *magister* gegen den Dritten klagen, nach der Strenge des Rechts freilich nur als Cessionar, oder im Nothfall, da er vom *magister* keine Befriedigung erhalten kann [y]; jetzt aber ohne weiteres unbedingt durch eine *actio utilis* [z].

§. 875.

Ueber die institoria. Ganz auf denselben Gründen beruht die *actio institoria* [a]. Wenn nämlich ein Kaufmann seinen Sklaven, Sohn oder einen andern freyen Menschen nicht blofs zur Expedition der Comptoirgeschäfte bestellt, sondern zu seinem Factor (*institor*) ernannt, d. h. ihm die eigentliche Direction der Handelsgeschäfte übertragen hat [b]; so kann gegen den Handelsherrn (*praeponens*) durch die *actio institoria* aus den Handlungen des Factors eben so geklagt werden, wie aus den Handlungen des Schiffers gegen den Schiffsherrn; auch sind die übrigen Verhältnisse im Ganzen gleich [c].

§. 876.

Fortsetzung. Es gibt jedoch einige Verschiedenheiten, aber nicht in der Ausdehnung, wie Manche behaupten. Denn 1) ist es falsch, wenn man sagt, der Factor dürfe sich ohne besondere Erlaubnifs Niemanden substituiren. Nur das ist wahr, dafs er es nicht, wie der *magister*, wider ein Verbot thun darf [d]. 2) Läfst sich nicht behaupten, wenn es auch im Ganzen wahr ist [e], dafs der Factor ohne besondere Erlaubnifs kein Geldanlehn machen dürfe. Denn offenbar leidet diefs eine Ausnahme, wenn das Handelsgeschäft seiner Natur

[y] L. 1. §. 18. de exerc. act. (14. 1.) L. 1. in f. L. 2. de inst. act. (14. 3.).

[z] L. 13. §. 25. de act. E. V. (19. 1.).

[a] A. Eckolt de inst. act. Lips. 1764. R. del Manzano de inst. act. (Meermann Th. T. 7.). H. ab Eyben de constitutione et iuribus factorum et institorum. Diss. 1. 2. Giess. 1668.

[b] §. 2. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.). Leyser Sp. 161. m. 7.

[c] Tit. P. de inst. act. (14. 3.).

[d] L. 1. §. 5. de exerc. act. (14. 1.). Leyser Vol. 9. Sp. 677. m. 15.

[e] L. 1. §. 8. L. 7. de exerc. act. (14. 1.) L. 13. pr. L. 19. de inst. act. (14. 3.) L. 1. C. eod. (4. 25.).

nach ohne Geldverkehr nicht geführt werden kann [*f*]. 3) Ganz irrig ist es aber, wenn Manche meynen, der Kaufmann hafte nicht, wie der *exercitor*, *in solidum*, sondern nur so weit, als die Waaren reichen [*g*]. 4) Richtig dagegen ist es, wenn man als Eigenthümlichkeit der *actio institoria* angibt, dafs die Gewalt des Institor nicht nach den gewöhnlichen Grundsätzen (§. 991.) durch Tod und Widerruf in Beziehung auf Dritte erlischt, sondern erst dann, wenn der Tod oder Widerruf ihnen gehörig bekannt gemacht ist [*].

§. 877.

Ausdehnung beider.

Was bisher von der *actio exercitoria* und *institoria* gesagt ist, gilt jetzt analogisch von allen andern Fällen, da Gewaltgeber und Bevollmächtigter mit Dritten in Verhältnifs treten [*h*]; nur ist hier noch die allgemeine Bemerkung hinzuzufügen, dafs der Gewaltgeber dem Dritten auch dann verhaftet ist, wenn der Bevollmächtigte die, nicht öffentlich bekannt gemachten Beschränkungen eines, ihm offenbar gegebenen Mandats überschreitet [*i*]. Hat der Bevollmächtigte in eignem Namen contrahirt, so steht er allein mit dem Dritten in dem Verhältnifs, von demselben belangt werden, und gegen denselben klagen zu können, wenn auch gleich der Gewaltgeber gegen ihn auf Uebertragung des, wider den Auftrag für sich selbst erworbenen Rechts dringen kann [*k*]. Entsteht übrigens Streit über das, vom Bevollmächtigten geschlossene Geschäft, so ist derselbe natürlich insofern stest ein verdächtiger Zeuge, als er aus dem Geschäft irgend einigen Gewinn hat, eine Bemerkung, welche besonders in Betreff der Mäkler häufig zur Anwendung kommen kann [*l*].

[*f*] Struben 1. B. 59. Bed. Leyser Sp. 130. m. 6. Sp. 141. m. 5.

[*g*] §. 2. I. quod cum eo qui in alien. pot. (4. 7.) L. 5. §. 2. de inst. act. (14. 3.). A. M. ist Huber prael. L. 14. T. 3. §. 4. wegen L. 1. §. 20. de exerc. act. (14. 1.).

[*] L. 5. §. 17. L. 11. pr. §. 3. 4. 5. L. 17. §. 2. 3. h. t. (14. 3.). Glück Comm. 14. B. S. 261 — 265.

[*h*] L. 13. §. 25. de act. emt. (19. 1.). Höpfners Comment. §. 932. I. N. Hert de oblig. mandantis et mandatarii ratione tertii (in op.).

[*i*] L. 11. §. 2. 3. 4. de inst. act. (14. 3.). Leyser Sp. 178. m. 5. vergl. mit Müller Obs. 374. C. A. Tittmann von der Statthaftigkeit der institorischen Klage bey Uebertretung der Gewerbvorschrift. Dresd. 1805.

[*k*] Voet l. c. §. 9.

[*l*] Stryk U. M. L. 50. T. 14.

§. 878.

IV) Gesellschaft.

Verbinden sich Mehrere zur Erreichung eines, ihnen gemeinschaftlichen Endzwecks [*m*], so wird diefs ein Gesellschaftsvertrag (*societas*, Mascopey, Magenschaft) genannt [*n*]. Geschieht diese Verbindung zu eigennützigen Zwecken, so nennt man sie *societas quaestuaria*, oder *negotiatoria*, sonst aber *non quaestuaria*. In beiden Fällen können die Gesellschafter sich entweder ihre Dienste communiciren, oder ihre Sachen. Geschieht das Letzte, so theilen sie sich entweder das Eigenthum selbst mit, oder nur den Gebrauch der Sachen, für welches Letzte die Vermuthung streitet [*o*]. Natürlich kann aber auch eine vermischte Mittheilung stattfinden [*p*].

§. 879.

Arten derselben.

Betrachtet man die, auf Erwerb gerichtete Gesellschaft in Rücksicht ihres Umfanges, so lassen sich die zwey Fälle denken, dafs alles Erworbene gemeinschaftlich seyn soll, oder nur ein Theil. In jenem Fall wird die Gesellschaft eine universelle genannt. Im letzten Fall hingegen ist sie entweder nur auf ein einzelnes Object gerichtet, oder auf eine ganze Gattung des Erwerbes. Ist jenes, so nennt man sie eine specielle; ist diefs, so heifst sie eine particuläre, und insofern sie auf allen Verdienst gerichtet ist, welcher durch die Arbeiten der Gesellschafter gewonnen wird, eine generelle. Bey unbestimmt allgemeiner Eingehung einer Gesellschaft mufs man eher die generelle, als die universelle vermuthen [*q*].

§. 880.

Erfodernisse des Contracts.

Die Gesellschaft, als Consensual-Vertrag, erfodert nichts, als die Bedingungen eines Vertrages, und kann daher auch stillschwei-

§. 4. Püttmann adversaria. L. 2. c. 21.

[*m*] L. 2. 16. 25. fam. herc. (10. 2.) L. 2. commun. div. (10. 3.) L. 31. sq. h. t. (17. 2.).

[*n*] I. Goddaeus de contract. soc. d'Avezan contr. L. 3. Tr. 3. (Meermann Thes. T. 4.). G. L. Hofmann de societate. Arg. 1758. I. T. Reinharth de natura et effectu societatis. Erf. 1732. I. R. Engau de societate mercatoria vulgo von der Mascopey- und Compagnie-Handlung. Ien. 1747.

[*o*] Wernher lect. comm. L. 17. T. 2. §. 9.

[*p*] L. 52. §. 2. h. t. (17. 2.).

[*q*] L. 7. pro socio (17. 2.).

gend eingegangen werden [r]. Die universelle Gesellschaft macht von dem letzten Satz keine Ausnahme [s], wiewohl hier der Beweis einer bestimmten speciellen stillschweigenden Einwilligung oft schwerer zu führen ist, als in andern Fällen.

§. 881.

Wirkungen unter den Contrahenten. Gemeinschaftliche.

In Rücksicht der Folgen des Gesellschaftsvertrages muſs man die Wirkungen desselben für die Gesellschafter gegenseitig, und im Verhältniſs zu einem Dritten, und in dem ersten Betracht wieder die allgemeinen Wirkungen, und die Wirkungen besonderer Arten derselben von einander unterscheiden. Allgemeine Wirkungen sind: A) daſs jeder Gesellschafter alles, was er versprach, mittheilen muſs, und insofern er etwas gemeinschaftliches administrirte, wegen Vernachlässigung der *diligentia in concreto* verantwortlich wird [t]. B) Hat ein Gesellschafter den andern das Miteigenthum mitgetheilt, so trifft der Zufall alle; sonst aber trägt jeder, was ihm besonders zustöſst [u]. C) Der, von einem gemachte Gewinn muſs zur Masse geliefert werden, und es darf daher Niemand einseitig etwas für sich behalten, widrigenfalls Verpflichtung zum Schadensersatz die Folge ist [x]. In Betreff der Zinsen muſs man hier jedoch unterscheiden: a) der Gesellschafter nahm dem Gesellschaftsvermögen bereits einverleibte Gelder zu sich, und lieſs sie liegen, oder benutzte sie zu seinem Vortheil. Dann gibt er landesübliche Zinsen. Waren hingegen b) die Gelder noch nicht eingeliefert, so erlegt er nur dann Zinsen, wenn er säumig war, und zugleich die Gelder für sich benutzte [y]. Endlich D) muſs jeder administrirende Gesellschafter gehörige Rechnung

[r] L. 4. pr. h. t. (17. 2.).

[s] Hert de societate facto constituta § 6. 7. Cocceii L. 17. T. 2. qu. 3. A. M. ist wegen L. 3. §. 1. eod. Carpzov P. 3. C. 15. Def. 45. Franzke comm. L. 17. T. 2. n. 25. fgg.

[t] S. hierüber oben §. 254. nr. III. und nr. VI.

[u] L. 52. §. 3. 4. L. 58. pr. §. 1. h. t. (17. 2.). Wernher lect. comm. eod. §. 19.

[x] L. 25. 26. h. t. (17. 2.).

[y] L. 60. pr. L. 67. §. 1. eod. L. 10. §. 3. mandati (17. 1.) L. 1. §. 1. de usuris (22. 1.). Voet L. 17. T. 2. §. 17.

ablegen [z]. Der Betrug eines Gesellschafters hat Infamie desselben zur Folge [a].

§. 882.

Die universellen, Die universelle Gesellschaft zeichnet sich durch folgende Eigenthümlichkeit aus: A) Alle Activa, so weit sie sich übertragen lassen, werden dadurch gemeinschaftlich, und zwar die, bey Eingehung derselben vorhandenen körperlichen Sachen ohne Tradition [b]. Klagen müssen aber cedirt werden [c]; auch wird alles nachher Erworbene ohne Mittheilung nicht gemeinschaftlich [d]. B) Jeder kann aus der Masse nehmen, was er nebst den Seinigen auf irgend eine Art bedarf [e], also auch zur Abbezahlung seiner Schulden, und zwar nicht allein derer, welche nach [f], sondern auch derer, welche vor Eingehung der Gesellschaft contrahirt sind [g]. Selbst das, was durch Verbrechen verwirkt ist, kann aus der Masse gefodert werden, jedoch nur bis auf den Kopftheil des Schuldigen; auch muſs dieser bey Aufhebung der Gesellschaft sich abrechnen lassen, was aus diesem Grunde von der Masse genommen ist [h]. C) Nach Aufhebung dieser Gesellschaft wird das ganze Vermögen, ohne Rücksicht auf den Einschluſs eines jeden, nach Köpfen (arithmetisch) getheilt [i]. Endlich D) haben die Gesellschafter die Wohlthat der Competenz [k].

§. 883.

und der übrigen Arten. In Ansehung der, nicht universellen Gesellschaften gelten folgende besondere Grundsätze: A) Jeder ist verpflichtet, dem Andern die auf-

[z] Lauterbach coll. L. 17. T. 2. §. 35.

[a] L. 1. L. 6. §. 6. de his qui not. infam. (3. 2.).

[b] L. 1. §. 1. L. 2. h. t. (17. 2.).

[c] L. 3. pr. eod.

[d] L. 52. §. 16. L. 74. eod. Lauterbach coll. eod. §. 14. Schulting Thes. contr. Dec. 62. §. 1. A. M. ist Westenberg princ. iur. h. t. §. 15.

[e] L. 73. eod.

[f] L. 27. eod.

[g] Müller ad Leyser Obs. 380. Abweichend sind Leyser Sp. 184. Wernher lect. comm. L. 17. T. 2. §. 2. 3.

[h] L. 52. §. ult. L. 59. §. 1. eod. Mollenbeccius Thesaur. eod. Tit. n. 47. Wernher l. c. §. 8. Danz Handb. d. D. Priv. R. 6. B. §. 605. n. III.

[i] Lauterbach l. c. §. 16—18. Struv synt. eod. Tit. §. 27. Voet eod. §. 27.

[k] S. oben §. 107. nr. 3.

gewandten nützlichen und nothwendigen Auslagen verhältnifsmäfsig zu erstatten [*l*]. B) Was gewonnen und verloren wird, ist, im Zweifel erst nach Endigung der Gesellschaft [*m*], verhältnifsmäfsig unter den Mitgliedern nach der Gröfse der Einschüsse zu vertheilen, wiewohl der Richter unmittelbar Gleichheit vermuthen, und also im Zweifel Kopftheile machen mufs [*n*]. Nach den Römischen Begriffen über *pacta adiecta* (§. 167.) war daher auch der Richter an keinen Nebenvertrag gebunden, wodurch die Gesellschafter eine, den Einschüssen ungleiche Theilung verabredet hatten [*o*], und eben daher war die Löwengesellschaft (*societas leonina*) ungültig, d. h. der Vertrag, kraft dessen ein Gesellschafter allen Schaden, der andre allen Gewinn haben soll [*p*], so wie eine *societas donationis caussa* [*q*]. Nach unsern Begriffen (§. 168. n. 3.) mufs aber ein solcher Nebenvertrag, welcher eine unverhältnifsmäfsige Theilung bestimmt, erhalten werden; und eben defswegen sollte man denn auch jetzt eine, wissentlich geschlossene, auf eine Schenkung abzweckende Gesellschaft eben so wenig ungültig erklären [*r*], als eine Löwengesellschaft. Hat übrigens der eine Dienste, der andre Sachen beygetragen, so müssen beide geschätzt werden; doch kann der, welcher Sachen hergab, diese im Zweifel voraus fodern [*s*].

§. 884.

Klagen. Um auf die Erfüllung aller, bisher genannten persönlichen Obliegenheiten, und der, dem

[*l*] L. 52. §. 3. 4. L. 58. §. 1. h. t. (17. 2.).

[*m*] L. 30. eod. Stryk eod. §. 5.

[*n*] L. 29. pr. eod. §. 2. I. eod. (3. 26.). G. L. Crell de praesumtione aequalitatis in iudiciis divisoriis (Diss. F. 4. n. 12.). Ueber die Ideen Andrer s. Höpfner Comm. §. 912. not. 2. Teller de divisione lucri et damni inter socios. c. 4. I. U. de Cramer opusc. T. 3. n. 21.

[*o*] L. 29. pr. cit. Averan interpr. L. 4. c. 12. n. 19. Andre Ideen haben Vinnius qu. sel. L. 1. c. 53. Voet L. 17. T. 2. §. 8.

[*p*] L. 29. §. 2. eod. I. G. Estor de societate leonina. Ien. 1738.

[*q*] L. 5. §. 2. eod. L. 16. §. 1. de minor. (4. 4.) L. 32. §. 24. de donat. int. V. et U. (24. 1.).

[*r*] Faber rational. ad L. 5. §. 2. h. t.

[*s*] L. 52. §. 2. eod. Wernher lect. comm. eod. §. 15. Malblank princ. §. 530.

Contract angehängten Nebenverträge [*t*], dringen zu können, ist den Gesellschaftern die *actio pro socio* gestattet. Auf Trennung der Gesellschaft kann aber die Klage nicht gerichtet werden, weil die Gesellschaft schon an sich durch bloſse Willkühr aufgehoben wird [*u*], und eben so wenig auf Theilung gemeinschaftlicher Sachen. Wer diese verlangt, muſs sich vielmehr der *actio communi dividundo* bedienen [*x*].

§. 885.

Verhältniſs zu Dritten.

Für das Verhältniſs zu dritten Personen gelten folgende Regeln: A) Die Gesellschafter können aus den Handlungen eines ihrer Mitglieder klagen, jedoch nur insofern, als sie dasselbe beauftragt hatten, dessen Handlungen genehmigen, oder in einer universellen Gesellschaft stehen [*y*]. Auch darf hier nur jeder *pro rata* klagen [*z*]. B) Belangt können sie werden, a) wenn sie selbst contrahirten, in welchem Fall jedoch, wenn sie zusammen contrahirten, jeder nur auf seine *rata* auszuklagen ist, nicht allein nach Aufhebung, sondern auch während der Gesellschaft [*a*]. b) Contrahirte ein Andrer für sie, so haften sie, wie *exercitores* (§. 872.), unter Vorbehalt der Einrede der Theilung [*b*] *in solidum*, wenn sie denselben beauftragt hatten [*c*]; sonst aber natürlich nur so weit, als eine

[*t*] L. 69. h. t. (17. 2.). Ueber dieſs höchst bestrittene Fragment vergl. Cuiac. Obs. L. 4. c. 17. Costa recit. sol. ad L. 69. cit. (hinter dessen Comm. über die Inst. und Decretalen). Freher verisim. L. 2. c. 9. (in Otto Thes. T. 1.). C. v. Eck de septem LL. damn. c. 5. §. 4. Tronchinus var. iur. cap. c. 3. (in Meermann Thes. Suppl.). Toullieu ad L. 69 cit. (in dessen Diss. und Collect. n. 1.). F. G. Zoller interpretat. Leg. 69 pro socio. Lips. 1744. F. Platner coniect. ad L. 69. cit. Lips. 1759. Sammet ad L. 69. cit. (in dessen opusc.).

[*u*] L. 65. pr. h. t. (17. 2.).

[*x*] L. 1. 2. commun. divid. (10. 3.). Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 36.

[*y*] W. A. Lauterbach de sociorum obligat. quae oritur ex convent. cum tertio inita. Tub. 1668.

[*z*] Lauterbach l. c. §. 15. 33.

[*a*] L. 44. §. 1. de aedil. edict. (21. 1.) L. 4. pr. de exerc. act. (14. 1.). Lauterbach l. c. §. 34—37. Leyser Spec. 185. m. 6. Ueber die Ideen Andrer und die häufig abweichende Sächsische Praxis: Berger Oecon. L. 3. T. 5. §. 32. not. 5. G. E. Oelze Disq. quatenus socii ob sociale debitum in solidum teneantur. Helmst. 1784.

[*b*] Diese verwirft hier Lauterbach l. c. § 23.

[*c*] Die Gründe liegen in den Noten zu § 872.

versio in rem (§. 373. 374.) gegen sie erweislich gemacht werden kann, und zwar so, daſs jeder *pro rata* verpflichtet ist [*d*].

Zweyter Titel.

Ueber die Real-Contracte.

§. 886.

I) Genannte. 1) Mutuum. Von den Real-Verträgen, und zwar den genannten (§. 164.), gehören in die Lehre von den Hauptverträgen nur das Darlehn (*mutuum*), der Leih-Contract (*commodatum*), und der Niederlegungs-Contract (*depositum*). Unter dem Darlehn [*e*] versteht man das Geschäft, wodurch eine fungibile Sache (§. 261.) mittelst einer wahren, oder uneigentlichen Uebergabe [*f*], auf Jemanden übertragen wird, unter der Bedingung, das Empfangene in demselben Maaſs, und derselben Art wiederzugeben [*g*]. Der Empfänger ist der, welcher aus der Natur des Geschäfts zunächst allein verpflichtet wird, und wegen der Rückgabe durch die *actio mutui*, oder *condictio certi ex mutuo* belangt werden kann. Der Empfänger hat, wegen der Versehen des Gebers, nur die allgemeinen Klagen auf Schadensersatz, und keine nach dem Contract genannte Klage [*h*].

§. 887.

Dessen Natur. Die Natur dieses Vertrages entwickeln folgende Hauptsätze: A) Ein gültiges Darlehn enthält die volle Veräuſserung der Sache, und gibt nur das Recht auf eine andre Quantität [*i*]. Darum können Personen insofern kein Darlehn geben, als sie zur Veräuſserung nicht befugt sind. Thun sie es dennoch, so kann natürlich das existirende Geld von deren Vorge-

[*d*] Lauterbach l. c. §. 46.

[*e*] S. H. ab Idsinga de mutuo et veteri lit. obl. (Oelrichs Th. nov. V. 1. T. 1.). I. a Costa prael. iur. civ. ad Tit. de reb. cred. Merillius et Barclaius ad eund. Tit. (in Otto Thes. T. 3.)!

[*f*] L. 9. §. ult. de R. C. (12. 1.) L. 34. pr. mandati (17. 1.). Glück Comm. 12. B. §. 779.

[*g*] L. 2. L. 13. §. 1. de R. C. (12. 1.).

[*h*] Höpfner Comm. §. 769.

[*i*] pr. §. 2. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.). L. 2. §. 2. de R. C. (12. 1.) L. 1. §. 1. de O. et A. (44. 7.). Lauterbach coll. L. 12. T. 1. §. 27. Ueber den, durch Salmasius in Betreff dieses Satzes entstandenen Streit s. Walch ius contr. p. 321. Glück §. 781.

setzten vindicirt werden. Ist jedoch nach der Uebergabe durch eine einseitige Erwerbungsart, z. B. Verjährung und Consumtion, das Eigenthum auf den Empfänger übergegangen, so findet nun die *actio mutui* gegen ihn statt, weil dann die Bedingungen der Klage: Erwerbung des Eigenthums *ex caussa mutui*, vorhanden sind [*k*]. Gibt ein Dritter das Geld eines Dritten einseitig zum Darlehn, so kann dieser, wenn er sich nicht von jenem die Klagen cediren liefs, das existirende Geld vindiciren. Ist es consumirt, und zwar in bösem Glauben, so hat er die *actio ad exhibendum*; sonst aber nur eine *actio in factum* auf so viel, als der Empfänger in gutem Glauben bereichert ist [*l*]. B) Der Empfänger mufs das Erhaltene nach allgemeinen Grundsätzen [*m*] gehörig restituiren [*n*]. Dafs er weniger herausgeben solle, kann ausgemacht werden; allein bey den Römern war es unzulässig, mehr zu versprechen, weil hier die Verbindlichkeit *ex re* entsprang, und insofern jener Nebenvertrag dem Hauptgeschäft widerstritt [*o*]. Darum konnten denn auch, zwar wohl durch Stipulation [*p*], aber in der Regel [*q*] nicht durch ein *pactum adiectum* bey dem Darlehn vollgültig Zinsen versprochen werden [*r*]; und eben so fielen hier die Verzugszinsen weg [*s*]. Alles diefs ist jetzt geändert. Zwar ist das Darlehn ohne

[*k*] L. 11. §. ult. L. 12. L. 13. pr. §. 1. L. 19. §. 1. h. t. (12. 1.). Cuiac Obs. L. 14. c. 3. 5. Cocceii I. C. L. 14. T. 6. qu. 13. Viele gestatten jedoch im Fall der Consumtion gegen den Besitzer in gutem Glauben (denn der m. f. p. kann natürlich nach der Consumtion stets actione ad exhibendum belangt werden §. 578.) nur die condictio sine caussa; Andre mit Püttmann adversar. L. 2. c. 4. eine eigne condictio de bona fide consumtis, oder de bene depensis.

[*l*] L. 52. de R. V. (6. 1.) L. 14. §. 3. de praescr. verb. (19. 5.). Andre Ideen hat Voet L. 12. T. 1. §. 8.

[*m*] S. oben §. 88—111.

[*n*] L. 3. h. t. (12. 1.) pr. I. quib. mod. re contr. (3. 15.).

[*o*] L. 17. pr. de pactis (2. 14.).

[*p*] L. 1. 3. 4. de usur. (22. 1.). Das Geschäft hiefs dann foenus. Heineccii antiqu. L. 3. T. 15. §. 3. fgg.

[*q*] Ausnahmen enthalten L. 30. de usuris (22. 1.) L. 7. de nautico foenore (22. 2.) L. 12. C. de usuris (4. 32.) Nov. 136. c. 4.

[*r*] I. H. Boehmer de fundamento usurar. pecuniae mutuaticae (exerc. T. 4.) §. 3. 16. Andre suchen die Gründe der Bestimmung in etwas Anderm. Noodt de foenore et usuris L. 3. c. 1. Emminghaus ad Cocceii L. 12. T. 1. qu. 1. qu. 17.

[*s*] L. 24. de praescr. verb. (19. 5.). Boehmer l. c. §. 30.

Vertrag, wenn dieser nicht als stillschweigend geschlossen anzusehen ist [t], auch noch im Zweifel unentgeltlich [u]; aber es können sowohl aus einem simpeln Neben-Vertrage [x], als wegen eines Verzuges Zinsen gefodert werden [y]. C) Der Empfänger ist nur dem zur Restitution verpflichtet, mit welchem er über den Empfang contrahirte. Eine merkwürdige Ausnahme hievon macht die, von Vielen sogenannte, allerdings singuläre [z] *condictio Iuventiana*, durch welche der, von dem die dargeliehenen Sachen herrühren, den Empfänger, welcher es von einem Andern empfangen zu haben glaubte, auf Restitution belangen kann [a].

§. 888.

2) Commodatum. Unter dem Leih-Contract (*commodatum*) versteht man den Vertrag, wodurch Jemand einem Andern, ohne einen versprochenen Lohn [b], den Gebrauch einer körperlichen oder unkörperlichen [c], nicht-fungibilen, oder fungibilen Sache [d], zu einem bestimmten Zweck [e] überläſst, unter der Bedingung, das Empfangene nach geendigtem Gebrauch *in specie* zurückzugeben [f]. Der Leiher, welcher wegen seiner, aus dem Contract entspringenden Rechte die *actio commodati directa* hat, wird *commodans* genannt; der Empfänger, welchem wegen seiner etwanigen zufälligen Ansprüche die *actio commodati contraria* zusteht, heiſst *commodatarius* [g].

[t] Ayrer D. de arbitrio iudicis circa usuras pecuniae mutuaticae §. 26. fgg.

[u] Viele nehmen ohne allen Grund das Gegentheil an. Höpfner Comm. §. 768. not. 4.

[x] Die Gründe liegen in §. 168.

[y] R. A. v. 1600. §. 152.

[z] I. L. Conradi de Iuventiana condictione. Marb. 1774. A. M. ist Leyser Sp. 130. m. 1.

[a] L. 32. h. t. (12. 1.). S. auch noch Glück Comm. 12. B. §. 779. a. E.

[b] §. 2. I. quib. mod. re contr. (3. 15.) L. 5. §. 12. h. t. (13. 6.).

[c] L. 1. §. 1. eod. arg. L. 3. L. 15. §. 2. de precario (43. 26.). C. H. Breuning de commodato rei incorporalis. Lips. 1769.

[d] L. 3. §. ult. L. 4. h. t. (13. 6.) L. 55. de solut. (46. 3.).

[e] L. 1. pr. §. 2. de precario (43. 26.).

[f] §. 2. I. quib. mod. re (3. 15.). I. Goddaeus de commodato (Diss. P. 2. n. 4.). M. H. Reinhard Comm. de commodato eiusque actionibus. Erf. 1752.

[g] Schmidt v. Klagen §. 784. fgg.

§. 889.

Pflichten des Commodatars.

Der Commodatar ist aus diesem Geschäft verpflichtet, A) die Sache ordnungsmäfsig zu ihrem bestimmten Zweck zu gebrauchen [*h*], und für die geringsten Versehen zu haften [*i*]; doch ist er nur wegen der *culpa lata* verantwortlich, wenn das Geschäft allein den Nutzen des Leihers bezweckt [*k*]. Sodann muſs B) die Sache nach geendigtem Gebrauch, mit allen, dem Commodatar nicht gebührenden Accessionen zurückgegeben werden, oder, wenn sie auf eine schuldvolle Weise verloren ging, deren Werth [*l*]. Wegen der Sache selbst haften mehrere Commodatare natürlich *in solidum;* und eben dieſs findet, unter Vorbehalt der Einrede der Theilung [*m*], auch dann statt, wenn von mehreren Commodataren, welche nicht als Miterben belangt werden [*n*], der Werth gefodert wird [*o*]; doch haften sie gar nicht, wenn der Leiher schon von einem Dritten seine Entschädigung erhalten hat [*p*]. Uebrigens befreyet auch hier den Commodatar in der Regel nicht die Einrede des Eigenthums [*q*], wohl aber kann er die Sache wegen connexer Foderungen (§. 311.) retiniren [*r*].

§. 890.

Pflichten des Commodans.

Der Leiher ist dagegen verpflichtet, A) dem Empfänger die Sache bis zur bestimmten Zeit zu lassen [*s*]; auch B) den Schaden zu erstatten, welchen er demselben, nach Umständen, durch grobe oder geringe Versehen zugefügt hat [*t*]. Ferner C) muſs er alle mäſsigen nothwendigen Auslagen unbe-

[*h*] §. 6. 7. I. de oblig. quae ex delicto (4. 1.) L. 54. §. 1. de furt. (47. 2.).

[*i*] L. 5. §. 2. 4. 10. 15. L. 18. pr. h. t. (13. 6.) §. 2. I. eod. (3. 15.) L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.).

[*k*] L. 5. §. 10. L. 10. §. 1. L. 18. pr. l. c.

[*l*] L. 5. §. 9. eod. L. ult. §. 3. C. de furt. (6. 2.).

[*m*] Nov. 99. c. 1. Stryk L. 13. T. 6. §. 9.

[*n*] L. 3. §. 3. h. t. (13. 6.).

[*o*] L. 5. §. 15. eod. A. M. ist wegen L. 21. §. 1. eod. Cocceii eod. qu. 5. Allein s. Voet eod. §. 3. Emminghaus ad Cocceii l. c. not. a.

[*p*] L. 7. pr. eod.

[*q*] S. darüber oben §. 863. a. E.

[*r*] L. 15. §. 2. L. 59. de furtis (47. 2.). A. M. ist wegen L. ult. C. h. t. (4. 23.). Voet L. 13. T. 6. §. ult. Allein s. G. L. Boehmer de iure retent. §. 13. Faselius vom Retent. R. §. 19. not. c.

[*s*] L. 17. §. 3. h. t. (13. 6.).

[*t*] L. 18. §. 3. L. 22. eod.

dingt vergüten, sofern sie nicht durch den Nutzen des Commodats aufgewogen werden; andre aber nur insofern, als er dazu einwilligte [*u*]; auch D) dem Commodatar, welcher die Sache verlor, und dafür deren Werth gab, sofern er die Sache nachher erhält, entweder den bezahlten Werth, oder die Sache restituiren [*x*]. Endlich E) trifft ihn der Schaden, welcher sich an der Sache durch einen reinen Zufall [*y*] ereignet [*z*]. Dahin ist auch der Fall zu zählen, wenn er eine Sache zu einem gewagten Geschäft lieh, und diese dabey verletzt, oder vernichtet wird [*a*].

§. 891.

5) Depositum. Der Niederlegungs- oder Hinterlegungs-Contract (*depositum*) [*b*], setzt voraus, daſs Jemand (der *deponens*) einem Andern (dem *depositarius*) die Bewahrung einer beweglichen Sache ohne einen versprochenen Lohn mittelst der Uebergabe überträgt [*c*]. Ein Honorar ändert dabey nichts [*d*]. Der Vertrag setzt also voraus, A) daſs die Sache beweglich ist [*e*]. B) Daſs die bloſse Bewahrung zur Bedingung gemacht wird [*f*]. C) Daſs der Depositar seine Dienste ohne bedungenen Lohn leistet [*g*]. D) Daſs die Sache zu jenem Zweck sofort übergeben wird [*h*]. Da zunächst der Deponent aus dem Geschäft Rechte erhält, so kann er sich deſshalb der *actio depositi directa* bedienen. Der Depositar hat dagegen wegen seiner zu-

[*u*] L. 18. §. 2. eod. L. 15. §. 2. L. 59. de furt. (47. 2.).

[*x*] L. 17. §. 5. h. t. (13. 6.).

[*y*] Der Vertrag, und der casus mixtus (§. 176.) machen hier natürlich wieder eine Ausnahme. L. 5. §. 3. L. 11. L. 12. eod. O. L. ab Eichmann Pr. de commodatario ad praestandum casum obligato. Duisb. 1752.

[*z*] L. 5. §. 4. L. 18. pr. L. 23. eod.

[*a*] L. 5. §. 7. L. 10. pr. L. ult. eod. Voet eod. §. 5. Leyser Spec. 153. m. 1. Lauterbach coll. L. 16. T. 3. §. 18.

[*b*] W. A. Lauterbach de deposito iuris. Tub. 1660. J. H. Boekler de deposito. Arg. 1708.

[*c*] L. 1. pr. h. t. (16. 3.). Glück Comm. 15. B. §. 939.

[*d*] Lauterbach coll. L. 16. T. 3. §. 15.

[*e*] Trendelenburg de sequestratione curatius finienda. Bütz. 1775. §. 17. L. G. Weidlich de custodia rei alienae immobilis non deposito, sed mandato. Lips. 1732. Cocceii L. 16. T. 3. qu. 3. Viele sind andrer Meynung. Lauterbach coll. L. 16. T. 3. §. 10.

[*f*] Denn sonst geht das Geschäft in einen andern Contract über. L. 5. §. 4. de praescr. verb. (19. 5.).

[*g*] L. 1. §. 8. 9. h. t. (16. 3.).

[*h*] L. 1. §. 13. eod.

fälligen Anfoderungen die *actio depositi contraria.* Die erste Klage steht *utiliter* auch einem Dritten zu, wenn der Deponent bey der Niederlegung die Bedingung machte, daſs demselben die Sache restituirt werden solle [*i*].

§. 892.

Pflichten des Depositars.

Der Depositar ist verpflichtet, A) die Sache zu bewahren. Benutzen darf er sie in der Regel nicht [*k*], ausgenommen wenn ihm dieſs gestattet ist [*l*], in welchem Fall das Geschäft *depositum irregulare* heiſst. Der wichtigste Fall dieser Art ist, wenn der Deponent den Gebrauch fungibiler Sachen ausdrücklich, oder stillschweigend, z. B. durch Uebergabe einer unversiegelten Summe Geld, welche nicht aus Schaumünzen besteht [*m*], auf den Depositar überträgt. Hat sich hier der Depositar das Gebrauchsrecht bedungen, so wird er sofort Eigenthümer [*n*]; ward es ihm hingegen, falls es ihm gefalle, ausdrücklich oder stillschweigend, wie in dem eben angeführten Beyspiel, gestattet, so wird erst durch den Gebrauch das Eigenthum auf ihn übertragen [*o*]. Im Uebrigen muſs man in Betreff des *Depositi irregularis* das Haupt-Princip annehmen: das Depositum wird dadurch nicht ganz aufgehoben, sondern nur so weit, als der gestattete Gebrauch dasselbe beschränkt [*p*]. B) We-

[*i*] L. 26. pr. eod. L. 8. C. ad exhib. (3.42.). C. H. Breuning an actio depositi utilis hodie dari possit? Lips. 1773. Püttmann meletem. iur. civ. Spec. 1. c. 9. Noch weiter gehen C. Rau de act. depos. advers. tert. poss. Lips. 1775. Glück Comm. 15. B. S. 222—224.

[*k*] L. 29. pr. h. t. (16. 3.) L. 3. C. eod. (4. 34.).

[*l*] L. 27. D. eod. Leyser Sp. 176. m. 2.

[*m*] Stryk L. 16. T. 3. §. 2.

[*n*] L. 9. §. 9. de R. C. (12. 1.).

[*o*] L. 10. eod. L. 1. §. 34. h. t. (16. 3.). Wernher lect. comm. L. 16. T. 3. §. 8. Falsche Ideen hat Berger oecon. L. 2. T. 3. §. 9. not. 3.

[*p*] L. 24. eod. L. 51. pr. locati (19. 2.) vergl. mit L. 25. §. 1. L. 26. §. 1. h. t. (16. 3.) L. 8. C. de novat. (8. 42.). Ueber die Ideen Andrer: Averanius int. L. 4. c. 12. n. 13. Bynkershoek Obs. L. 8. c. 5. Voet L. 16. T. 3. §. 1. D. Nettelbladt de deposito irregulari. Hal. 1750. Oelrichs de indole depositi, notissimos suos terminos egrediente. I. L. I. Dedekind de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt, qui vero non est depositum, vel in alium contractum degenerat. Guelph. 1753. Overbeck de collocatione depositi tum regularis tum irregularis in concursu. Heidelb. 1806. §. 20—23. Glück Comm. 15. B. §. 940.

gen der Arglist, der Nachlässigkeit [q], und des Verzuges ist der Depositar ganz nach allgemeinen Grundsätzen [r] verantwortlich [s]; doch infamirt ihn die Arglist [t]. Ferner C) ist er verbunden, die Sache, sobald es dem Deponenten gefällt [u], jedoch wo das Object theilbar ist, mehreren Deponenten im Zweifel nur *pro rata*, zu restituiren [x]. Mehrere Depositare haften aber *in solidum* [y], jedoch nicht deren Erben, wenn das Object theilbar ist, und die Klage nicht auf eine unerlaubte That gegründet wird [z]. Hat ein Erbe die Sache wissentlich veräufsert, so erstattet er unbedingt deren Werth. Geschah es aus Irrthum, so mufs er zuvörderst die Sache einzulösen suchen. Kann er diefs nicht, so gibt er blofs heraus, was er empfing, oder cedirt seine Klagen gegen den Empfänger [a]. Natürlich kann aber auch der Deponent gegen den Dritten die *rei vindicatio* anstellen, sofern er Eigenthümer der deponirten Sache ist [b]. D) Der Depositar kann sich der Restitution der Sache nicht durch die Einrede der Compensation entziehen [c], so wenig als durch die Einreden, dafs ein Dritter Einspruch eingelegt habe, oder dafs einem Dritten, oder ihm, dem Depositar, das Eigenthum zustehe, es möchte denn in den letzten Fällen der Dritte sein Eigenthum bereits geltend gemacht haben, oder das Eigenthum des Depositars sofort liquid seyn [d]. Eben so wenig hat der Depositar die Einrede der Retention [e]. Leugnet der Depositar betrüglich den Besitz

[q] L. 1. §. 8. 9. 16. 35. L. 32. h. t. (16. 3.) L. 1. § 5. de O. et A. (44. 7.) L. 4. pr. de R. C. (12. 1.) L. 1. C. depos (4. 34.) L. 5. §. 2. commod. (13. 6.) L. 23. de R. I. (50. 17.) §. 17. I. de obl. quae ex del. (4. 1.) L. 14. §. 1. de furt. (47. 2.).

[r] S. oben §. 102 — 105. 254.

[s] L. 2. C. h. t. (4. 34.).

[t] L. 10. C. h. t. (4. 34.).

[u] L. 1. §. 22. 45 46. eod.

[x] L. 1. §. 36. 44. L. 17. pr. eod.

[y] L. 1. §. 43. eod.

[z] L. 7. §. 1. L. 9. L. 10. L. 22. eod. Lauterbach coll. L. 16. T. 3. §. 27. 28.

[a] L. 1. §. 47. L. 2. 3. 4. eod. F. R. del Manzano Comm. ad L. 1. §. ult. depos. (Meermann Thes. T. 7.).

[b] Voet L. 6. T. 1. §. 12.

[c] §. 30. I. de act. (4. 6.) L. ult. C. de compensat. (4. 31.). Lauterbach coll. L. 16. T. 3. §. 18.

[d] L. 31. §. 1. h. t. (16. 3.) vergl. mit L. 11. C. eod. (4. 34.) und Nov. 88. c. 1. Glück Comm. 15. B. §. 944.

[e] L. 11. C. h. t. (4. 34.). Die Mehrsten gestatten das Retentions-Recht wegen aller Gegenfoderungen, welche hier zu den connexen gehören. Glück Comm. 15. B. S. 204.

eines *depositi miserabilis, s. necessarii*, d. h. einer, im Nothfall bey ihm niedergelegten Sache, so mufs er das Doppelte erlegen [*f*]. E) Den Zufall trägt der Depositar nur insofern, als er ihn übernahm, als er ihn verschuldete, oder als das Eigenthum der Sache bey dem *deposito irregulari* auf ihn übergegangen ist [*g*]. F) Gibt der Depositar das, was ihm verschlossen gegeben ward, erbrochen zurück, so entspringt daraus nach der Meynung Vieler, welche aber als Regel schwer zu vertheidigen ist, ein solcher Verdacht wider ihn, dafs man es dem Deponenten erlauben mufs, den Beweis, dafs ihm Sachen fehlen, durch den Ergänzungs-Eid beyzubringen [*h*].

§. 893.

Pflichten des Deponenten.

Der Deponent ist dagegen verbunden, A) dem Depositar die gemachten nothwendigen, oder mit seinem Willen aufgewandten Auslagen zu erstatten [*i*], auch B) denselben wegen der geringsten Versehen zu entschädigen [*k*], und C) die Kosten der Restitution zu tragen [*l*].

§. 894.

Sequestration.

Eine Art des Depositi kann seyn die Sequestration, wenn nämlich alle, bisher angegebenen Requisite des Depositi dabey vorhanden sind. Man versteht darunter die Handlung, wodurch, es sey nun mit Willen beider Theile (*sequestratio voluntaria*), oder auf einen amtlichen Befehl des Richters (*sequestratio necessaria*), Sachen [*m*], oder Personen [*n*], um die Rechte eines Theils zu sichern, irgendwo nie-

[*f*] L. 1. §. 1. L. 18. depos. (16. 3.) vergl. mit §. 26. I. de act. (4. 6.). Noodt prob. c. 13. n. 4. Kannegiefser de recept. rer. miserab. G. F. Willenberg de deposito miserabili. Gedan. 1722.

[*g*] L. 1. §. 6. L. 12. §. ult. L. 24. 25. h. t. (16. 3.).

[*h*] Vergl. über die verschiedenen Meynungen: Struv Exerc. 21. T. 41. Stryk L. 13. T. 5. §. 5. Lauterbach coll. L. 16. T. 3. §. 13. Cocceii eod. qu. 5. Glücks Comm. 4. B. §. 327. b. 15. B. §. 944. a. E.

[*i*] L. 23. h. t. (16. 3.).

[*k*] L. 5. pr. eod. L. 61. §. 5. de furt. (47. 2.).

[*l*] L. 12. pr. h. t. (16. 3.).

[*m*] L. 22. §. 8. sol. matr. (24. 3.) L. 39. de solut. (46. 3.) L. 6. C. depos. (4. 34.).

[*n*] cap. 14. x. de sponsal. (4. 1.) Hagemann und Günther Archiv. 2. B. S. 172. fgg.

dergelegt, oder in Verwahrung, oder Aufsicht gegeben werden, bis sie dem, zu dessen Besten die Handlung gereicht, zu überliefern sind [*o*]. Geschieht die Sequestration durch Vertrag [*p*], so erhält der, dem die Verwahrung übertragen ist (der Sequester), blofs eine *custodia;* den juristischen Besitz aber nur dann, wenn er ihm besonders eingeräumt ward [*q*]. Ist die Zeit der Herausgabe der Sache (des *sequestri*) gekommen, so kann der Sequester von dem, welchem die Sache zu restituiren ist, durch die, aus dem Contract entspringende Klage, welcher als *adiectitia qualitas* (§. 70.) das Wort: *sequestraria*, beygefügt wird, belangt werden, dagegen aber auch von seiner Seite durch die, ihm zustehende Contracts-Klage, unter gleicher Nebenbezeichnung, wegen seiner Gegenansprüche vom Kläger Entschädigung fodern [*r*].

§. 895.

II) Ungenannte. 1) Tausch.

Von den ungenannten Contracten, worüber die allgemeinen Grundsätze schon oben (§. 165.) vorgetragen sind, brauchen hier nur die einzelnen Arten angegeben zu werden, welche ein besonderes juristisches Interesse haben. Dahin gehört 1) der Tausch (*permutatio*), d. h. der Vertrag, wobey Jemand mittelst der Uebergabe einer, dem Geber eigenthümlichen Sache verpflichtet wird, gegen das Eigenthum derselben dem Geber wieder eine andre Sache zu überlassen [*s*]. Auch Geld, insofern es als Waare behandelt wird, gehört hier unter den Begriff der Sachen [*t*]. Die Folge des Vertrags ist, dafs der Empfänger sofort das, auf ihn übertragene Recht erwirbt [*u*],

[o] Ueberh. A. F. Trendelenburg de sequestratione curatius finienda. Bützov. 1775. Gönner Handb. d. Proc. 4. B. n. 80.

[p] Diefs ist aber nicht absolut erfoderlich. L. 7. §. ult. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 11. §. 1. ad exhib. (10. 4.) L. 1. §. 37. L. 5. §. ult. depos. (16. 3.).

[q] S. oben §. 295.

[r] L. 5. §. 1. 2. L. 12. §. 2. depos. (16. 3.). Trendelenburg l. c. §. 7. 9. 10. 11. 12.

[s] L. 1. §. 3. 4. de rerum permutatione (19. 4.). Franzke comm. L. 19. T. 4. n. 4. fgg. A. M. ist wegen des Eigenthums des Gebers Bachov ad Wesenbeck L. 19. T. 4. 9. n. 9. S. überhaupt: P. Mascov de rerum permutatione. Gryph. 1702. I. P. Streit de permutatione. Erf. 1735.

[t] L. ult. de praescr. verb. (19. 5.). Voet L. 19. T. 4. §. 1.

[u] S. oben §. 855. not. c.

dagegen aber auch das Versprochene leisten muſs, wenn ihn nicht ein Zufall davon befreyt [x].

§. 896.

2) Trödel-Contract.

Gleichfalls eine besondere Erwähnung verdient 2) der Trödel-Contract (*contractus aestimatorius*), welcher dann stattfindet, wenn Jemandem eine Sache zum Verhandeln gegeben wird, unter der Bedingung, deren Werth einzuliefern, oder die Sache selbst zurückzugeben [y]. Der Trödler wird durch dieſs Geschäft nur alternativ verpflichtet, aber keineswegs Eigenthümer der Sache; indeſs trägt er die Gefahr, wenn er um Eingehung des Geschäfts bat, oder den Werth bestimmt zu geben versprach; sonst aber nicht [z]. Uebrigens ist auch dieser Vertrag ein ungenannter Real-Vertrag; doch ward bey den Römern der, aus demselben entspringenden *actio praescriptis verbis* der Beysatz: *aestimatoria*, als *adiectitia qualitas* (§. 70. a. E.) beygefügt [a].

§. 897.

3) Contractus suffragii.

Oftmals eine Unterart der ungenannten Real-Contracte [b] ist 3) der jetzt sogenannte *contractus suffragii*, wenn nämlich Jemandem etwas für sein Fürwort bey dem Regenten gegeben wird [c]. Im Ganzen ist dieser Vertrag erlaubt; als schändlich aber ist er ungültig, wenn Jemand etwas zur Erlangung eines Richteramts, oder einer Magistra-

[x] S. oben §. 175.

[y] L. 1. de aestimatoria (19. 3.) §. 28. I. de act. (4. 6.). G. H. Brückner de contract. aestimatorio. Ien. 1720. B. L. Schwendendörfer de eod. arg. Lips. 1665.

[z] L. 1. §. 1. eod. L. 5. §. 3. commod. (13. 6.) L. 17. §. 1. praescr. verb. (19. 5.). Glücks und Geigers Rechtsf. 2. B. n. 31. Müller ad Leyser Obs. 448. Köchy Medit. 1. B. n. 14. A. M. ist I. H. Boehmer de translatione dominii in contractu aestimatorio. (Exerc. T. 3.). S. auch noch Wehrn doctr. explic. princip. damni etc. §. 33.

[a] L. 1. h. t. (19. 3.) L. 17. §. 1. praescr. verb. (19. 5.). Cocceii L. 19. T. 3. qu. 13. Wernher lect. comm. eod. §. 1. A. M. ist I. E. Floerke de contractu aestimatorio tanquam contractu nominato. Hal. 1756.

[b] Denn wird das Fürwort gegen eine bloſs bedungene Belohnung, oder umsonst versprochen, so ist das Geschäft natürlich ein Mandat.

[c] L. un. C. de suffragio (4. 3.). I. B. Reisig de contr. suffragii. Goett. 1737.

tur bezahlt [*d*], oder sich sein Fürwort bezahlen läſst, indem er von Amtswegen dazu verpflichtet war [*e*].

§. 898.

4) Precarium. Gleichfalls zu den ungenannten Contracten [*f*] gehört endlich 4) noch das *precarium*, wodurch der unbestimmte Gebrauch [*g*] einer Sache unentgeltlich, und zwar bey der ausdrücklichen Verleihung bittweise auf Jemanden übertragen wird [*h*]. Die Folgen dieses Vertrages bestehen darin: A) der Empfänger erhält ein unbestimmtes Gebrauchsrecht, und im Zweifel nicht einmal den juristischen Besitz, ausgenommen, wenn ihm derselbe namentlich mit überlassen ist [*i*], in welchem letzten Fall man das Geschäft jetzt *precarium non simplex* nennt [*k*]. B) Obgleich der Empfänger allen Vortheil hat, so ist er dennoch nur wegen Arglist, und grober Versehen verantwortlich [*l*]. C) Die Sache kann von demselben zu jeder Zeit zurückgefodert werden, selbst wenn sie ihm auf eine bestimmte Zeit überlassen ward [*m*]. Nach unsern Begriffen über *pacta adiecta* (§. 168.) muſs nun aber das Letzte wegfallen [*n*]. D) Der Verleiher kann seine Rechte durch die *actio praescriptis verbis*, oder *condictio incerti* [*o*], und, wenn ihm die Rückgabe verweigert wird, durch das *interdictum de precario* ge-

[*d*] Nov. 8. c. 1. Nov. 161.

[*e*] Wernher lect. comm. L. 19. T. 5. §. 9. Weber über die nat. Verb. §. 67. not. 6.

[*f*] Viele machen ein anderes Geschäft daraus. Vergl. Hugo Civ. Magaz. 1. B. S. 435—440. 473. 474. Lauterbach Coll. L. 43. T. 26. §. 4.

[*g*] L. 1. de precario (43. 26.). Der Ausdruck: condictio incerti, in L. 19. §. 2. eod. sollte freilich, verglichen mit §. 15. I. de act. (4. 6.) auf die Idee führen, daſs hier auch das Eigenthum übertragen werden könne, Hugo a. a. O. S. 473. allein der Zusatz: id est praescriptis verbis, und L. 1. cit. machen hier unüberwindliche Schwierigkeiten. S. auch überhaupt: C. Rau de precario. Lips. 1775. I. G. Vogel de eod. arg. Goett. 1786.

[*h*] Bey der stillschweigenden Fortsetzung des precarii bedarf es keiner Bitten. L. 2. §. 3. L. 4. §. 4. eod. Müller ad Leyser Obs. 842.

[*i*] S. oben §. 295.

[*k*] Lauterbach l. c. §. 5.

[*l*] L. 8. §. 3. 6. eod. L. 14. §. 1. de furt. (47. 2.) L. 23. de R. I. (50. 17.). Höpfner Comm. §. 771. not. 1.

[*m*] L. 1. §. 2. L. 12. eod.

[*n*] Stryk U. M. eod. Tit. §. 2. A. M. ist ohne Grund Müller ad Leyser Obs. 843.

[*o*] L. 2. §. 2. L. 19. §. 2. eod.

gen den Empfänger und dessen bereicherte Erben schützen [p].

Dritter Titel.

Ueber Literal-Contracte.

§. 899.

Grundsätze. Ein Literal-Contract ist überall vorhanden, wenn ein Contract, indem er seinem Inhalt nach beiden Theilen bekannt ist, schriftlich abgefaſst wird, und die Gültigkeit desselben durch vertragsmäſsige Vereinbarung, oder gesetzliche Vorschrift von jener schriftlichen Abfassung abhängig gemacht ist [q]. Da dieser Begriff keiner weiteren Erläuterung bedarf; da der einzige Haupt-Contract, welcher nach den Gesetzen schriftlich errichtet werden muſs, bereits oben erörtert [r], die Lehre von der *exceptio non numeratae pecuniae* aber, welche man gewöhnlich unter diesem Titel vorzutragen pflegt, an einem schicklicheren Orte in der Lehre vom Beweise durch Urkunden einzuschalten ist: so ist hier nur noch die allgemeine Bemerkung hinzuzufügen, daſs im Zweifel beide Theile verhältniſsmäſsig die Kosten der Scriptur tragen müssen [s].

Zweyte Unterabtheilung.

Ueber Pacta.

Erster Titel.

Ueber bestätigte Pacta.

§. 900.

Arten. Von den bestätigten *pactis* (§. 163. 166.) können hier nur einige erörtert werden; nämlich von den *pactis legitimis*, mit Uebergehung der, bereits oben (§. 380. fgg.) vorgetragenen Lehre von der

[p] Tit. P. de precario (43. 26.). Savigny das Recht d. Besitzes S. 398—403.

[q] S. oben §. 164. und überhaupt: A. Kaestner de scripturae necessitate. Lips. 1726. A. C. Stockmann de literarum obligatt. Lips. 1782. I. H. Boehmer de contractu non praelecto. Hal. 1700. (Exerc. T. 3.).

[r] S. oben §. 633.

[s] Carpzov P. 2. Const. 39. Def. 7. n. 6.

Ehe, und den Dotal-Verträgen, nur allein die, noch hieher gehörige Schenkung; und von den prätorischen das Geschäft, worauf sich die *actio de recepto* gründet. Die andern prätorischen *pacta* gehören in die Lehre von den Nebenverträgen.

§. 901.

Insbesondere. A) über die Schenkung.

Unter der Schenkung [t] versteht man einen Vertrag, durch welchen Jemand, ohne eine Vergeltung, und ohne durch eine rechtliche Nothwendigkeit gezwungen zu seyn, auf einen Andern eine Sache überträgt [u]. Der Charakter: ohne eine Vergeltung, schliefst aber nicht eine Zweckbestimmung (§. 130.) aus, sofern diese nur nicht den Vortheil des Schenkenden, oder eines Dritten beabsichtigt [x].

§. 902.

Deren Natur und Form.

Die Schenkung ist durch Justinians Vorschriften ein *pactum legitimum* geworden [y], welches jedoch manche Eigenthümlichkeiten hat. Aus dem Ersten folgt, dafs dabey die Bedingungen eines Vertrages stattfinden müssen, dafs also auch die Acceptation dabey nothwendig ist [z]. Personen, welche veräufsern können, dürfen mithin auch das Ihrige verschenken, und zwar alle Arten veräufserlicher Sachen, selbst das ganze active, durch Veräufserung und Cession einem Andern übertragbare, gegenwärtige und künftige, Vermögen [a]. Wer gar nicht, oder nicht

[t] Hotomanni Disp. de donat. (op. T. 1.). R. Bachovius de donat. Heidelb. 1619. H. Giphanius de donat. Alt. 1690. I. F. de Retes de donat. academica relect. (Meermann Thes. T. 6.). G. Obrecht Disp. oeconomica donationis simplicis et relatae (op. n. 17.). E. G. C. Klügel de donat. Viteb. 1777.

[u] L. 19. §. 2. L. 29. pr. h. t. (39. 5.) L. 10. C. eod. (8. 54.).

[x] Tit. C. de donat. quae sub modo (8. 55.) vergl. mit L. 5. §. 2. praescr. verb. (19. 5.) L. 13. §. 2. de donat. int. V. et U. (24. 1.).

[y] L. 35. §. ult. C. h. t. (8. 54.). Brummer Tr. de lege Cincia (opusc. n. 1.). Retes l. c. cap. 19. Hugo Civ. Magaz. 1. B. S. 457.

[z] L. 10. L. 26. h. t. (39. 5.) L. 55. de O. et A. (44. 7.). Ohne Grund sind Viele abweichend. S. Höpfner Comm. §. 411. Retes l. c. cap. 6. Cuiac Obs. L. 12. c. 28.

[a] L. 35. §. 4. 5. C. de donat. (8. 54.) L. 8. C. de revocand. donat. (8. 56.). Faber err. pragm. Dec. 48. E. 6. 7. Stryk L. 39. T. 5. §. 9. Leyser Sp. 433. m. 2. A. M. sind, weil dadurch die Freyheit zu testiren aufgehoben werde, Carpzov P. 5. Resp. 61. Grass de reserv. bonorum liberae testandi

nach Willkühr veräufsern [b], oder mit einem Andern keine Verträge schliefsen darf [c], kann natürlich auch keine gültige Schenkung machen. Eben so folgt von selbst aus allgemeinen Grundsätzen, dafs Schenkungen nicht vermuthet werden können, sondern stets zu beweisen sind [d], wenn auch gleich nicht gerade nothwendig eine ausdrückliche Erklärung stattfinden mufs, da oft aus einer Handlung die Absicht zu schenken erhellen kann [e], oder nach gesetzlicher Vorschrift daraus zu schliefsen ist [f].

§. 903.

Fortsetzung. Abweichend von diesen allgemeinen Grundsätzen sind folgende Sätze: A) Wenn der Schenkende mittelbar zum Vortheil eines Dritten eine Schenkung gemacht hat, so steht diesem gegen den Beschenkten eine Klage auf Einfoderung des Geschenks zu [g]. B) Jede Schenkung, welche fünfhundert Ducaten [h] übersteigt, mufs, um Betrügereyen zum Nachtheil dritter Personen zu verhindern [i], gerichtlich, und zwar deutlich, angezeigt werden [k]. Da hier keine Untersuchung nöthig ist, so kann die Insinuation bey jedem Richter geschehen [l]. Ist sie unterlassen, so ist das Geschenk, so weit es jene Summe übersteigt, —

facultatis praeservativo. Tub. 1710.

[b] Man denke hier an Pupillen, Minderjährige und Vormünder.

[c] Z. B. Vater und Sohn, die Einschränkungen, welche aus der Lehre von den Peculien hervorgehen, abgerechnet.

[d] L. 25. pr. de probat. (22. 3.). Menochius de praesumt. L. 3. pr. 71. Mevius P. 5. Dec. 12.

[e] L. 2. §. 1. de pact. (2. 14.) L. 53. de R. I. (50. 17.). Mevius P. 2. Dec. 18. P. 4. Dec. 317. 318. P. 8. Dec. 194. 195. Klein de donatione praesumta (Diss. n. 6.).

[f] S. z. B. oben §. 350.

[g] L. 3. C. de donat. quae sub modo (8. 55.). Struben 3. B. 11. Bed.

[h] So hat die Praxis den Ausdruck: Solidus, übersetzt. Cramer Wetzl. Beytr. 1. B. n. 33. Pufendorf T. 1. Obs. 17.

[i] L. 27. C. h. t. (8. 54.). Meine Theorie d. log. Ausl. S. 38. 39.

[k] L. 27. C. cit. Leyser Sp. 433. m. 7. Ueberh. Goebel de donat. quae iudicialibus sunt inserenda tabulis. Helmst. 1738. Wahl progr. de legitima donandi ratione. Goett. 1747.

[l] Pufendorf T. 4. Obs. 121. Müller ad Leyser Obs. 691. A. M. ist C. W. Schmid de insinuat. donat. 500 solid. excedentis coram incompetente iudice haud suscipienda. Ien. 1761.

wobey jedoch die Früchte einer geschenkten Hauptsache nicht in Anrechnung kommen [*m*], — so null und nichtig, dafs selbst der Schenkende den Ueberschufs durch eine persönliche Klage [*n*] zurückfodern kann [*o*]. Sind mehrere Schenkungen, es sey nun an Einen, oder an Verschiedene zugleich gemacht, so kommt die Summe aller in Betracht [*p*]. Wurden sie aber in verschiedenen Zeiten gemacht, so ist auf jede einzelne zu sehen, wenn nicht erweislich durch Theilung eine Elusion des Gesetzes bewirkt werden sollte [*q*]. Bey dem Geschenk jährlicher Gefälle ist die Insinuation nur dann nöthig, wenn sie immerwährend sind, oder die Summe des Ertrags aller bestimmten Jahre fünfhundert Ducaten übersteigt [*r*]. In folgenden Fällen bedarf es jedoch keiner Insinuation; nämlich a) bey Geschenken des Regenten und der Regentinn, und umgekehrt [*s*]; b) wenn Officiere den Soldaten etwas schenken [*t*]; c) wenn Jemand etwas zur Einlösung eines Gefangenen [*u*], oder d) zur Aufbauung eingestürzter, oder abgebrannter Gebäude schenkt [*x*]; e) wenn er blofs einen, ihm deferirten Gewinn ausschlägt [*y*]. Viele setzen noch hinzu f) Geschenke zu milden Stiftungen [*z*], und g) alle eidlich bestätigten Geschenke [*a*]. Allein wider die erste Ausnahme streiten klare Gesetze [*b*], und die letzte ist dem Geist derselben zuwider, da die Insinuation das Interesse dritter Personen sichern soll [*c*].

§. 904.

Inofficiose Schenkungen.

Singulär ist gleichfalls C) die Vorschrift, dafs, wenn Jemand durch eine wahre

[*m*] L. 9. §. 1. L. 11. h. t. (39. 5.).

[*n*] Vinnii quaest. sel. L. 2. c. 5. Bachov de pignor. L. 5. c. 13. n. 5. A. M. ist Faber Err. pragm. Dec. 23. Er. 4.

[*o*] L. 7. L. 27. L. 36. §. 3. C. h. t. (8. 54.). Weber v. d. natürl. Verb. §. 77.

[*p*] L. 34. §. 3. C. eod. Lauterbach Coll. L. 39. T. 5. §. 15. Leyser Spec. 433. m. 6.

[*q*] Stryk L. 39. T. 5. §. 5. Voet eod. §. 16.

[*r*] L. 34. §. ult. C. eod. Voet eod. §. 16.

[*s*] L. 34. pr. et Auth. item C. ibid. Berger de donat. principis (in Coll. Diss.). Lauterbach l. c. §. 16.

[*t*] L. 36. §. 1. C. eod.

[*u*] L. 36. pr. C. eod.

[*x*] L. 36. §. 2. C. eod.

[*y*] Voet l. c. §. 15.

[*z*] Lauterbach l. c. §. 16.

[*a*] Gail L. 2. Obs. 39. n. 12. Stryk cautel. contr. S. 3. c. 9. §. 3.

[*b*] L. 19. C. de SS. eccles. (1. 2.).

[*c*] Carpzov P. 2. C. 12. Def. 14.

Schenkung [*d*], oder was zur Bemäntelung derselben dient [*e*], den Pflichttheil seiner Notherben verletzt (*donatio inofficiosa*), diese durch die *querela inofficiosae donationis* die Schenkung anfechten können [*f*]. Folgendes gehört aber noch zur genaueren Bestimmung der Natur dieses Rechtsmittels: a) die Klage kann, nach der Ordnung der *querela inofficiosi testamenti*, von allen Notherben nach des Erblassers Tode [*g*], nicht aber vom Schenkenden selbst angestellt werden [*h*], welcher jedoch durch andre Rechtsmittel gedeckt ist [*], auch geht sie nur als persönliches Rechtsmittel wider den Beschenkten [*i*]. b) Wo die Querel wider ein Testament unzulässig ist, und wegfällt, da findet auch diese Klage nicht statt [*k*]. Dagegen sind aber auch gegen die letzte Klage keine Einreden zulässig, welche man der ersten nicht entgegensetzen kann, z. B. wenn Kinder und Aeltern klagen, die Einrede einer undankbaren Handlung, welche nach dem Recht der Novellen keine Enterbungsursache ist [*l*]. c) Um bey jener Querel zu bestimmen, ob eine Schenkung pflichtwidrig sey, ist zunächst auf den Bestand des Vermögens im Augenblick der Schenkung zu sehen [*m*]. War sie da nicht pflichtwidrig, so kommt die nachherige Verringerung des Vermögens nicht in Betracht, wohl aber im umgekehrten Fall die nachherige, die Verletzung des Pflichttheils vergütende Vergröfserung desselben [*n*]. Der Umstand, dafs der Schenkende nicht die Absicht gehabt habe, den Notherben zu schaden, kommt nicht in Be-

[*d*] Dahin kann denn auch die Bestellung einer Brautgabe gehören, weil sie insofern, als sie den Pflichttheil verletzt, nicht pflichtmäfsig ist. Tit. C. de inoffic. dot. (3. 30.).

[*e*] Müller ad Leyser Obs. 226. Glück Comm. 7. B. §. 550.

[*f*] Tit. C. de inoffic. donat. (3. 29.). W. A. Lauterbach de querela inoffic. donationis. C. Rau D. de eod. arg. Lips. 1775.

[*g*] L. ult. C. eod. G. L. Boehmer de querela inoffic. donat. fratrum (Elect. T. 1.).

[*h*] L. 1. 2. 4. 6. 8. C. eod.

[*] L. 11. L. 21. §. 1. L. 25. h. t. (39. 5.) L. 5. §. 2. 5. de dol. mal. exc. (44. 4.). A. M. ist Walch ius contr. p. 475.

[*i*] L. 1. C. eod. Walch l. c. p. 479.

[*k*] L. 2. 4. 6. ult. C. eod. Nov. 92. c. 1. §. 1. Walch de querel. inoffic. donat. praescriptione. Jen. 1768. (op. T. 1.).

[*l*] L. 26. de LL. (1. 3.) vergl. mit L. ult. C. l. c. Nov. 115. c. 3. 4.

[*m*] Nov. 92. c. 1.

[*n*] Hommel Rhaps. Obs. 602. Müller ad Leyser Obs. 225.

tracht [o]. d) Durch die Klage wird nie die ganze Schenkung umgeworfen, sondern es kann dadurch nur so viel gefodert werden, als zur Ergänzung des Pflichttheils gehört [p]. Wurden mehrere Geschenke gemacht, so dürfen nur die letzten, mit denen die Verletzung des Pflichttheils begann, angefochten werden [q].

§. 905.

Wirkung der Schenkung.

Die Schenkung erzeugt, wenn mit ihr nicht sofort die Uebergabe verbunden wird, nur ein persönliches Recht des Beschenkten gegen den Schenker [r], welches, sofern das Geschäft in eine Contracts-Form eingekleidet ward, durch die gewöhnlichen Klagen, sonst aber durch die *condictio ex Lege* 35. §. *ult. C. de donat.* zu verfolgen ist. Bey der Schenkung des ganzen Vermögens, welche die Schulden nicht mit überträgt, kann der Schenker vorher alle seine Schulden abziehen [s], ausgenommen, wenn sie aus einer andern Schenkung herrühren [t]; auch hat jeder Schenker die Wohlthat der Competenz [u], aber nur bis zur Uebergabe [x]; er kann ferner nicht auf Verzugszinsen [y], und nur auf die vorhandenen Früchte belangt werden [z], und ist in der Regel wegen der Eviction nicht verantwortlich [a].

[o] Walch I. C. p. 472. Pufendorf T. 2. Obs. 178.

[p] L. 1. 2. 4. 5. 7. 8. C. h. t. (3. 29.) L. 87. §. 3. de leg. 2. (31.). Rau l. c. §. 3. 8. 9. Vinnii qu. sel. L. 2. c. 33. Schorcht comm. de donat. inoffic. pro parte legit. resc. Lips. 1779. Pufendorf T. 2. Obs. 178. L. F. Thiess de querela inoffic. donat. non nisi ad legitimam ex rebus donatis revocandam competente. Goett. 1792. Köchy Medit. 1. S. n. 5. Glück Comm. 7. B. §. 550. A. M. sind in Betreff der Schenkung des ganzen Vermögens: Faber Conj. L. 3. c. 17. C. H. Breuning de iure revoc. integram donat. inter vivos inofficiosam. Lips. 1768.

[q] Lauterbach l. c. §. 26. A. M. sind Voet L. 39. T. 5. §. 38. Walch I. C. p. 476. 477.

[r] L. 2. L. 12. L. 22. h. t. (39. 5.) L. 35. §. 5. C. h. t. (8. 54.).

[s] L. 19. §. 1. de re iudic. (42. 1.) L. 39. §. 1. de V. S. (50. 16.). Voet L. 39. T. 5. §. 19. 20.

[t] L. 12. h. t. (39. 5.).

[u] S. oben §. 107.

[x] Höpfners Comm. §. 412. a. E.

[y] L. 22. h. t. (39. 5.). Pufendorf T. 2. Obs. 73. Weber v. d. nat. Verb. §. 99. not. 4. A. M. ist G. F. Oelze an et quatenus usurae ex mora a quantitatis debitore exigi possint, secundum ius Romanum et hodiernum in Germania. Ien. 1768.

[z] L. 9. §. 1. h. t. (39. 5.) L. 41. §. 1. de re iudic. (42. 1.).

[a] S. oben §. 181.

§. 906.

Arten der Schenkung: don. mort. caussa;

Eine besondere, sehr abweichende Art der Schenkung ist die Schenkung auf den Todesfall (*donatio mortis caussa*), im Gegensatz deren andre Schenkungen den Namen der Schenkungen unter Lebenden erhalten [*b*]. Man versteht darunter eine Schenkung, welche Jemand auf den Fall seines Todes, und zwar so macht, daſs entweder das Recht des Beschenkten erst mit dem Tode des Schenkers anfangen, oder bis dahin widerruflich seyn soll [*c*]. Im Zweifel streitet für die Schenkung unter Lebenden die Vermuthung, wenn nicht das Geschenk mit Rücksicht auf den nahen Tod gegeben ist [*d*].

§. 907.

mortis caussa capio.

Die Widerruflichkeit macht den Charakter der Schenkung auf den Todesfall. Wird daher ein Geschenk unwiderruflich ertheilt, dessen Vollziehung nur durch den Tod des Erblassers hinausgesetzt werden soll, so ist dieſs, wenn es auch zuweilen uneigentlich *mortis caussa donatio* genannt wird [*e*], dennoch als Schenkung unter Lebenden zu behandeln [*f*]. Auch muſs man von der Schenkung auf den Todesfall die sogenannte *mortis caussa capio* unterscheiden, welche im allgemeinen Verstande zwar jeden einseitigen oder zweyseitigen Erwerb auf den Todesfall begreift, im engern Sinn aber die Erwerbungsarten auf den Todesfall befaſst, welche sich mit keinem besondern Kunstausdruck bezeichnen lassen [*g*].

[*b*] W. A. Lauterbach de donat. mort. caussa. Tub. 1657. Frommann differentiae primariae donat. simplicis et mortis caussa. Tub. 1674. I. F. Junghaus de m. c. donationum indole. Lips. 1785.

[*c*] L. 2. L. 35. §. 4. h. t. (39. 6.). Voet eod. §. 3. Cramer dispunct. iur. civ. cap. 10.

[*d*] L. 2. 3. 4. L. 35. §. 4. eod. I. G. Bauer pr. de forma donat. m. c. (op. T. 1.). I. F. Hermann de mortis c. don. coniecturis ex mortis mentione capiendis. Lips. 1792.

[*e*] L. 13. in f. L. 35. §. 4. h. t. (39. 6.) Nov. 87. c. 1.

[*f*] L. 27. L. 35. §. 2. eod. Daher wird keine Falcidie davon abgezogen, L. 42. §. 1. eod. und eben darum braucht der Schenker nicht vor dem Beschenkten zu sterben. Vinnii qu. sel. L. 2. c. 34. Voet L. 39. T. 5. §. 1. T. 6. §. 4. Ueber die Ideen Andrer: Textor de donat. m. c. per clausulam annexam irrevocabili (Diss. n. 22.). Faber Err. pr. D. 45. E. 1. Brauchu Obs. c. 4.

[*g*] L. 8. pr. L. 18. pr. L. 31.

§. 908.

Form der d. m. c.

Die Schenkung auf den Todesfall hat in Rücksicht ihrer Form und Wirkung vieles mit den Legaten, vieles aber auch mit der Schenkung unter Lebenden gemeinschaftlich. Mit der letzten stimmt sie in der ersten Rücksicht darin überein, daſs die Annahme des Beschenkten dabey erfoderlich ist [*h*]; doch wird sie auch ohne diese als Fideicommiſs erhalten [*i*]. Mit den Legaten hat sie das gemein, A) daſs sie, wenn nicht der Schenkende in der Lage ist, privilegirte Codicille errichten zu können, vor fünf Zeugen errichtet werden muſs [*k*], wobey jedoch die Einheit der Handlung nicht beobachtet zu werden braucht [*l*]. B) Daſs es hier keiner Insinuation bedarf [*m*]; C) daſs nur die Personen, denen es erlaubt ist, zu testiren, auf den Todesfall schenken können [*n*]; doch findet eine Ausnahme in Rücksicht des Haussohns statt, welcher mit Einwilligung des Vaters sein *Peculium profectitium* und seine Adventitien auf den Todesfall verschenken kann [*o*]; D) daſs eine Schenkung auf den Todesfall an Jeden geschehen kann, welchem man, gesetzt auch, man dürfte ihm unter Lebenden nichts schenken [*p*], in Codicillen etwas hinterlassen darf, nicht aber denen, welche zur Erwerbung eines Legats unfähig sind [*q*]. Jedoch kommt es bey Schenkungen auf den Todesfall nur auf die Fähigkeit im Augenblick des Todes des Schenkers an [*r*].

pr. L. 38. eod. A. F. Loeffler de mort. caussa capionibus. Lips. 1751. Lauterbach coll. L. 39. T. 6. §. 45.

[*h*] L. 38. h. t. (39. 6.) L. 25. C. de donat. (8. 54.). Schwope de acceptatione haud barbaro donat. annexu. Lips. 1778. Köchy Medit. 1. S. n. 19. A. M. ist I. T. Richter de acceptat. in donat. m. c. non necessaria. Lips. 1744.

[*i*] L. 77. §. 26. de leg. 2. (31.). Frohmann l. c. §. 8. Püttmann de m. c. d. absente licet et ignorante donatario facta iure valida. Lips. 1787. Müller ad Leyser Obs. 698.

[*k*] L. ult. C. h. t. (8. 57.).

[*l*] Stryk U. M. L. 39. T. 6. §. 1.

[*m*] L. ult. C. cit.

[*n*] L. 37. pr. h. t. (39. 6.) L. 7. §. ult. de donat. (39. 5.). Voorda int. L. 3. c. 19. Faber Err. pr. D. 46. E. 9. A. M. ist Lauterbach l. c. §. 21. 22. wegen der, zur folgenden Note gehörenden L. 25. h. t. (39. 6.).

[*o*] L. 7. §. 4. de donat. (39. 5.). S. die vorige Note, und oben §. 364.

[*p*] L. 9. L. 10. L. 11. h. t. (39. 6.).

[*q*] L. 9. eod.

[*r*] L. 22. eod.

§. 909.

Deren Wirkungen.

Was die Wirkungen der Schenkung auf den Todesfall betrifft, so bemerke man: A) der Beschenkte hat kein festes Recht. Der, ausdrückliche sowohl, als stillschweigende Widerruf des Erblassers hebt alles auf, was dem Beschenkten etwa sofort eingeräumt war, und er muſs die Sache mit allen Nutzungen restituiren [s]. Dasselbe gilt, wenn die Gefahr, in Rücksicht deren das Geschenk geschah, vorübergeht [t]. Auch leidet es keinen Zweifel, daſs gegen pflichtwidrige Schenkungen dieser Art gleichfalls die *querela inofficiosae donationis* stattfindet [u]. B) Wird die Schenkung aus diesen Gründen nicht aufgehoben, so macht sie der Tod vollgültig, und sie bleibt dieſs, auch wenn die Erbschaft nicht angetreten wird [x], oder der Beschenkte das Testament aus irgend einem Grunde anficht [y]; nur muſs derselbe nicht vor dem Schenker sterben [z]. C) Unter zugleich Beschenkten hat das Anwachsungsrecht wie bey Legaten statt [a], und eben so kann die Auslieferung unter Leistung der Mucianischen Caution gefodert werden [b]. Der Beschenkte muſs sich aber dagegen, wie ein Legatar, den Abzug der Falcidie gefallen lassen [c]. D) Wird die Schenkung aufgehoben, so kann die Sache, wenn sie nicht schon in das widerrufliche Eigenthum des Beschenkten übertragen war, durch die *rei vindicatio directa*, sonst aber *condictione sine caussa*, oder *rei vindicatione utili* zurückgefodert werden [d]. Wird sie dagegen durch den Tod bestätigt, so erwirbt der Beschenkte die Sache, wie ein Legat, *ipso iure*, und hat alle Rechtsmittel des Legatars [e], nur nicht die *actio personalis ex testamento* in dem Fall, wenn die Schenkung im Testament nicht bestätigt ist [f]. E) Sachen, welche von der

[s] L. 16. L. 30. h. t. (39. 6.) vergl. mit §. 124. A. M. ist in Betreff des stillschweigenden Widerrufs Faber Err. pr. Dec. 46. E. 6.

[t] L. 29. eod.

[u] Höpfner Comm. §. 412. not. 2.

[x] L. 25. pr. L. 32. eod.

[y] L. 5. §. 17. de his quae indign. (34. 9.).

[z] §. 1. I. de donat. (2. 7.) L. 32. §. 14. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 26. h. t. (39. 5.).

[a] L. un. §. 14. C. de caduc. toll. (6. 51.).

[b] Nov. 22. cap. 44. §. ult.

[c] L. 2. C. h. t. (8. 57.).

[d] L. 13. pr. L. 29. L. 30. L. 35. §. 3. L. 37. §. 1. h. t. (39. 6.).

[e] L. 37. pr. eod.

[f] Voorda int. L. 3. c. 19.

Schenkung ausgenommen, oder nicht darunter enthalten sind, fallen dem Erben zu. Unter diese ausgenommenen Sachen kann man aber nicht diejenigen zählen, welche unter dem Vorbehalt einer anderweitigen Disposition wirklich dem Beschenkten mit angewiesen sind [g].

§. 910.

Remuneratorische Schenkungen.

Da es ein wesentliches Merkmal der Schenkung ist, dafs sie freywillig geschieht [h], so kann auch in den Fällen keine eigentliche Schenkung angenommen werden, wo Jemand nach gesetzlicher Vorschrift etwas unentgeltlich auf einen Andern übertrug; wiewohl auch diefs wohl uneigentlich eine Schenkung [i], und von den Neueren gewöhnlich eine nothwendige Schenkung genannt wird [k]. Eine Art derselben ist die remuneratorische Schenkung [l], wenn nämlich Jemand einem Andern in gleicher Maafse [m] dessen Wohlthaten vergilt. Nach den Begriffen der Römer (§. 4.) wird eine solche Schenkung nicht als reine Liberalität, sondern als Erfüllung einer eingeschränkten natürlichen Verbindlichkeit angesehen [n]. Darum ist sie denn auch, wenn ihre Existenz erwiesen ist [o], nicht als reine Schenkung zu behandeln [p]. Wo also ein Grund zu einer Wiedervergeltung vorhanden ist, wird sie aus der blofsen Uebergabe vermuthet [q], sie bedarf keiner Insinua-

[g] L. un. §. 14. C. de caduc. toll. (6. 51.). Cramer Wetzl. Nebenst. 9. Thl. n. 8. Pufendorf T. 4. Obs. 48.

[h] L. 29. pr. de donat. (39. 5.) L. 82. de R. I. (50. 17.).

[i] §. 3. I. de donat. (2. 7.) L. ult. C. de dotis promiss. (5. 11.).

[k] Hellfeld iur. for. §. 1706.

[l] H. de Cocceii de antidoris (Ex. T. 2. n. 43.). Rümelin de donat. remuneratoria. Arg. 1673. C. F. Harprecht different. potiores donat. simpl. et remun. Tub. 1754. I. G. Crumbiegel de donat. remunerat. Goett. 1784. I. Pan de grati animi officiis. Lugd. Bat. 1809. p. 146—148.

[m] Rümelin l. c. §. 29. Leyser Spec. 436. m. 6.

[n] L. 25. §. 11. de hered. pet. (5. 3.) L. 27. de donat. (39. 5.). Nimt man diesen Römischen Gesichtspunct nicht an, so mufs man freilich mit C. Schildner de different. inter donat. simplicem et remunerat. Ien. 1798. alle folgenden Unterschiede läugnen.

[o] Leyser l. c. m. 2. 3.

[p] L. 13. §. 2. L. 27. cit.

[q] Arg. L. 26. pr. de cond. indeb. (12. 6.) L. 8. in quib. causs. pign. tacite (20. 2.). Hellfeld l. c. Fachinei contr. L. 3. c. 75.

tion [r], und ist sowohl zwischen Ehegatten [s], als zwischen Vater und Sohn erlaubt [t]; auch können dabey Verzugszinsen gefodert werden [u], so wie hier gleichfalls dem Schenker die Wohlthat der Competenz nicht zusteht [x]. Die Behauptung, daſs Vormündern und Minderjährigen eine solche Schenkung erlaubt sey [y], läſst sich aber nicht vertheidigen [z].

§. 911.

B) Receptum. Wenn Schiffer, Gast- und Stallwirthe Jemanden aufgenommen haben, welcher bey ihnen beschädigt wird, so können sie, auch wegen eines, nicht durch sie selbst verursachten Schadens belangt werden [a], und zwar durch eine Civil-Klage, welche *actio in factum* heiſst [b], und eine neuere prätorische Klage, welche gewöhnlich *actio de recepto* [c], zuweilen aber auch *actio in factum* genannt wird [d]. Beide, welche hier mit einander verbunden werden müssen, unterscheiden sich besonders in folgenden Puncten: A) die *actio in factum* kann nur wegen der Beschädigungen angestellt werden, welche von den Leuten des Beklagten, und den, bey demselben logirenden Fremden herrühren, nicht aber aus den Handlungen bloſs einsprechender Gäste, und Schiffs-Passagiere, ausgenommen, wenn diese ihr Fuhrgeld abarbeiten [e]. Wird dagegen die *actio de recepto* angestellt, so ist der Wirth und Schiffer auch wegen aller Handlungen der, eben ausgenommenen Personen verantwortlich [f].

[r] A. M. sind Pufendorf T. 1. Obs. 18. T. 2. Obs. 5. §. 5. Meditat. über versch. R. M. 4. B. n. 267.

[s] Lauterbach coll. L. 24. T. 1. §. 8.

[t] Fachineus l. c. cap. 74.

[u] Hofacker T. 2. §. 1006.

[x] Harprecht Diss. cit. §. 13.

[y] Hofacker l. c.

[z] L. 12. §. 3. de admin. et per. tut. (26. 7.) L. 25. de minor. (4. 4.).

[a] Ueberh. W. A. Lauterbach de naut. caupon. et stabul. Tub. 1676. C. G. Hommel de eod. arg. Vit. 1780. C. C. A. Ulich de indole act. de recepto eiusque usu hodierno. Vit. 1787.

[b] L. 7. §. 1. 6. nautae caup. (4. 9.).

[c] L. 1. §. 3. L. 3. §. 5. eod. Müller ad Leyser Obs. 196.

[d] L. 3. §. 1. eod.

[e] L. 6. §. 3. L. 7. §. 2. eod. L. un. §. ult. furt. advers. naut. (47. 5.).

[f] L. 1. §. 8. L. 2. h. t. (4. 9.). Vinnius ad Peck de re nautica ad L. 3. nautae caup. not. e. Ueber die abweichenden Ideen Andrer s. Wehrn de damno §. 19.

B) Die *actio in factum* geht auf das Doppelte, aber auch darum nicht gegen die Erben [g]. Die *actio de recepto* dagegen verfolgt nur das Einfache, findet aber auch wider die Erben statt [h].

§. 912.

Fortsetzung. Actio de recepto.

Da die Klagen auf das Doppelte jetzt wegfallen, so ist die *actio de recepto* (wodurch natürlich sonstige Rechtsmittel nicht ausgeschlossen werden) auf allen Fall die vortheilhafteste [i], und daher folgendes zur schärferen Bestimmung der Natur derselben besonders wichtig: A) Schiffer ist jeder, welcher ein See- oder Flusschiff zur Ueberfahrt hält, Gast- und Stallwirth jeder, welcher als solcher Gäste und Vieh beherbergt [k]. Der, welcher einen ganzen Gasthof, oder ein ganzes Schiff vermiethet, ist also so wenig unter jenem Ausdruck begriffen, als ein bloſser Schenk- und Speisewirth [l], oder der, welcher, ohne Gastwirth zu seyn, einen Andern beherbergt [m], oder nicht als Gastwirth Sachen und Personen aufnimt [n]. B) Der Grund der Verpflichtung liegt in dem, durch Reception stillschweigend geschlossenen Vertrage [o], die Reception sey von dem Wirth, oder dessen Bevollmächtigten geschehen [p]. Stellt der Wirth sich bey der Aufnahme auſser Verantwortung, welches aber nicht aus der bloſsen Uebergabe der Schlüssel folgt [q], so haftet er freilich nicht; wohl aber, wenn er nachher gegen die Verantwortlichkeit protestirt [r]. Auch bleibt er im Zweifel wegen der, von einem Abreisenden zurückgelassenen Sachen verantwortlich [s], so

[g] L. 7. §. 1. 6. eod.

[h] L. 3. §. 4. eod.

[i] L. 3. §. 1. h. t. (4. 9.). I. H. Boehmer de discrim. tempestat. maritimae (Exerc. T. 3.) cap. 2. §. 18.

[k] L. 1. §. 5. L. 5. §. 2. eod. L. 5. §. 4. ad exhib. (10. 4.).

[l] Glücks Comment. §. 485.

[m] L. 3. §. 2. h. t. (4. 9.).

[n] Lauterbach l. c. §. 23. 24.

[o] L. 1. pr. eod. Weber v. d. nat. Verb. §. 27. Hugo Civ. Mag. 1. B. S. 440. 476. Ueber die Ideen Andrer: Emminghaus ad Cocceii L. 4. T. 9. qu. 1.

[p] L. 1. §. 2. 3. 4. eod. Berger Oec. iur. L. 3. T. 6. Th. 8. not. 4.

[q] Müller ad Struv L. 4. T. 9. §. 111. nr. 8. §. 117. A. M. ist Voet eod. §. 7.

[r] L. 7. pr. eod.

[s] L. 8. C. de novat. (8. 42.). Meisters pract. Bemerk. 2. B. n. 7.

wie in allen Fällen nichts darauf ankommt, ob die Aufnahme für einen Preis geschah, oder nicht [t]. C) Der Beklagte ist wegen jedes, nach Umständen durch den Schätzungs- oder Ergänzungs-Eid, oder auf andre Art erweislichen [u] Schadens verantwortlich, welcher im Schiff, oder dem Hause geschah, sofern er nicht beweist, dafs ein bloſser Zufall denselben veranlaſste, unter welchem Begriff hier jedoch die freyen schädlichen, dem Wirth selbst unabwendlichen Handlungen derer, welche er aufnahm, nicht stehen, da er wegen solcher Handlungen allerdings verantwortlich ist [x]. Für den Schaden, den Lohnlakeyen, selbst wenn er sie empfahl, auſser dem Hause dem Gast zufügen, haftet er nicht [y], so wenig, als für die Handlungen des eignen Dieners des Fremden [z]. D) Mehrere Schiffer und Gastwirthe haften *pro rata*, und nur dann *in solidum*, wenn sie ihr Gewerbe durch einen Stellvertreter besorgen lassen [a].

§. 913.

Deren Ausdehnung. Diese, noch jetzt anzuwendenden Grundsätze [b] sind durch eine allgemeine Praxis auch auf die Posten und öffentlichen Landkutschen ausgedehnt [c], woraus man aber nicht auf Privat-Fuhr-

[t] L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 6. pr. h. t. (4. 9.).

[u] Ueber die Anwendung der Grundsätze vom Beweise ist hier mancher Streit. Vergl. Mascard de prob. Concl. 832. Wernher P. 8. Obs. 323. Peck l. c. ad L. 2. §. 5. ad leg. Rhod. de iactu. Leyser Sp. 66. m. 9. Glück §. 491. S. auch oben §. 892. not. h. A. C. Wolters über die actio de recepto. Hamb. 1804. S. 84—104.

[x] L. 1. §. ult. L. 2. L. 3. §. 1. L. 7. pr. eod. vergl. mit G. F. Kraus de actione de recepto casum fortuitum non persequente. Vit. 1750. Struben 5. B. 43. Bed. Cocceii L. 4. T. 9. qu. 2. Wernher lect. comm. eod. §. 6.

[y] Wernher l. c. Die, von Leyser Sp. 66. cor. 2. Müller Obs. 200. vertheidigte analogische Ausdehnung der L. 1. §. 1. h. t. (4. 9.) auf Lohnbedienten ist willkührlich, weil hier singuläre Vorschriften sind.

[z] L. 6. §. 1. eod.

[a] L. 7. §. 5. eod. L. 4. pr. §. 1. de exerc. act. (14. 1.). Glück §. 494.

[b] Ulich l. c. Pufendorf T. 4. Obs. 150. Webers Reflexionen §. 18. Höpfner Comm. §. 1084. Wolters a. a. O. S. 27—60.

[c] Emminghaus ad Cocceii L. 4. T. 9. qu. 3. Müller ad Leyser Obs. 107. Meditat. über versch. R. M. 2. B. n. 88. Runde D. Priv. R. §. 135.

leute schliefsen darf [*d*]; doch gibt es häufige Abweichungen, z. B. dafs an vielen Orten nichts vergütet wird, wenn der Werth nicht sofort bey der Ablieferung angegeben ward [*e*]. Ist übrigens etwas an ein Büreau abgeliefert, um es an einen bestimmten Ort zu schaffen, so haftet dasselbe wegen aller folgenden Büreaus bis zum Ort der Bestimmung [*f*].

Zweyter Titel.

Ueber unbestätigte pacta.

§. 914.

1) Pacta de contrahendo.

Zu den unbestätigten pactis (§. 163.) gehören, 1) alle Verträge, durch welche eine Vereinbarung über die künftige Eingehung eines Contracts getroffen wird (*pacta de contrahendo*). Bey den Römern entsprang daraus keine Klage; allein bey uns läfst sich hier gegen eine, auf Erfüllung, oder das Interesse gerichtete Klage nichts einwenden, wenn nämlich der Vertrag so bestimmt ist, dafs nach allgemeinen Grundsätzen (§. 155. fgg.) eine Klage darauf gegründet werden kann [*g*].

§. 915.

2) Spielverträge.

Ferner gehören hieher 2) die Spielverträge [*h*], d. h. die Verträge, wodurch man sich gegenseitig verspricht, im Fall ein ungewisser Thatumstand existiren, oder nicht existiren sollte, etwas an den Andern verlieren zu wollen. Eine Art derselben ist das Ausspielen [*i*]. Verträge dieser Art sind nicht allein

[*d*] Struben 1. B. 71. Bed. C. G. v. Zangen über d. Fr. was für eine Klage wider den Fuhrmann Statt finde, welchem die zum Transport und zur Ablieferung bedungenen Sachen wegkommen. Giefs. 1798.

[*e*] Müller l. c. Obs. 194.

[*f*] Müller Obs. 198. Pütter Rechtsfälle. 1. B. Dec. 142. nr. 14. Gerade das Gegentheil behauptet Leyser Sp. 66. m. 6. Zum Theil Malblank princ. §. 337.

[*g*] Ueber die verschiedenen Ideen vergl. Lauterbach Coll. L. 19 T. 4. §. 6. Cocceji L. 18. T. 1. qu. 35. et Emminghaus ibid. Griesinger v. d. Verbindlichkeit der Verträge. 1. B. 3. Cap. §. 9. 15.

[*h*] P. P. de Aiala Comm. ad Tit. D. et C. de aleatoribus (Otto Thes. T. 4.).

[*i*] K. Grolmann Vers. eines Entw. der rechtl. Natur des Ausspielgeschäfts. Giefs. 1797. 8.

im Römischen Recht nicht bestätigt, sondern auch auf mancherley Weise beschränkt, indem alle Spiele verboten sind, welche nicht zur Abhärtung des Körpers, und zur Uebung des Muths abzwecken [k], wie unser Karten-, Schach- und Billard-Spiel [l]. Auch da, wo die Spiele nach diesen Grundsätzen erlaubt sind, müssen die allgemeinen Bedingungen eines Vertrages, wiewohl nicht gerade die besondern Erfodernisse einer Schenkung [m], vorhanden seyn; auch darf für jede Tour von Reichen nicht mehr als ein Ducaten, und von Unbegüterten, d. h. denen, welche nicht 50 Ducaten im Vermögen haben, nicht einmal so viel aufgesetzt werden [n]. Spielen Soldaten auf Credit, so ist das ganze Spiel nichtig [o].

§. 916.

Fortsetzung. Um mit den Spielverboten durchzudringen, enthält das Römische Recht mehrere sehr strenge, auch noch jetzt, bey dem Abgange besonderer Statute durchaus anwendbare [p] Vorschriften. Es ist nämlich danach A) der ganze Vertrag so nichtig, daſs das, was im Spiel verloren ist, selbst von dem Verlierenden unbedingt zurückgefodert werden kann [q], so wie vom Fiscus, und jedem Dritten aus dem Volk [r]. B) Jeder, welcher etwas zum Spiel hergab, er sey Mitspieler, oder nicht, kann das Anlehn nicht zurückfodern [s]. Ward es ihm aber wissentlich wieder bezahlt,

[k] L. 2. §. 1. h. t. (11. 5.) L. 1. L. ult. C. eod. (3. 43.). Eine sehr gelehrte Abhandlung über die verschiedenen Arten der, in den Gesetzen erwähnten Spiele s. bey Aiala l. c. pag. 938 — 986. 1006 — 1050.

[l] Stryk L. 11. T. 5. §. 12. Struben rechtl. Bed. 4. B. 131. Bed.

[m] Denn das Spiel ist ja ein oneroses Geschäft. Dennoch ist in Betreff der Insinuation, und der Verletzung des Pflichttheils andrer Meynung Hellfeld iur. for. §. 759.

[n] L. 1. L. 3. C. l. c. vergl. mit L. 10. de accusat. (48. 2.). S. G. Hilliger de actionibus occasione ludi competent. Lips. 1712. §. 11.

[o] R. A. v. 1570. Artikel: auf die Teutsche Knecht. §. 70.

[p] Struben a. a. O. Leyser Sp. 126. Weber v. d. nat. Verb. §. 65. not. 1.

[q] L. 3. C. h. t. (3. 43.). Weber a. a. O. §. 77. a. E.

[r] L. 3. C. cit. L. 4. h. t. (11. 5.).

[s] arg. L. 12. §. 11. mandati (17. 1.) L. 2. §. 1. quar. rer. actio non datur (44. 5.). Manche sind a. M. Cocceii L. 11. T. 5. qu. 2. Stryk eod. §. 10. Meditat. über versch. R. M. 2. B. n. 95. Glück Comm. 11. B. S. 334 — 337.

so ist er nicht verpflichtet, es herauszugeben [*t*]. C) Geistliche, welche unerlaubten Spielen beywohnen, werden suspendirt [*u*], und alle, welche zum Spiel zwingen, mit Geld- oder Gefängnifsstrafen belegt [*x*]. D) Wer Spieler aufnimt, kann wegen keines Schadens Genugthuung fodern, welcher ihm durch die Spieler zugefügt ist; doch bleibt es im Verhältnifs der Spieler zu einander in solchen Fällen beym gemeinen Recht [*y*]. Natürlich wird aber der Magistrat nie gehindert, vorgefallene Frevel von Amtswegen zu ahnden [*z*]. Nach Justinians Vorschrift sollen endlich E) Häuser, wo hölzerne Spielpferde gefunden werden, dem Fiscus zufallen [*a*]. Offenbar läfst sich aber diese dunkle Vorschrift [*b*] nicht auf alle Spielhäuser ausdehnen [*c*].

§. 917.

3) Wetten. Zum Theil unter eben diesen Beschränkungen stehen 3) die Wetten (*sponsiones*), d. h. die Verträge, wodurch jeder Theil etwas verwirken zu wollen verspricht, wenn seine Behauptung der Existenz oder Nicht-Existenz eines Thatumstandes nicht eintreffe [*d*]. Werden diese über Spiele angestellt, so sind sie eben so beschränkt, wie diese [*e*], sonst aber allgemein erlaubt [*f*]. Natürlich mufs aber auch bey einer erlaubten Wette alles, was zu einem gültigen Vertrage gehört, stattfinden, also kein Betrug, und kein Versprechen dessen, was unmöglich ist. Auch mufs die Summe, wie beym Spiel, nicht unmäfsig seyn [*g*].

[*t*] Weber a. a. O. §. 76. nr. 1.

[*u*] Auth. interdicimus C. de episc. et cleric. (1. 3.).

[*x*] L. 1. §. ult. h. t. (11. 5.).

[*y*] L. 1. §. 1. 2. eod.

[*z*] Cocceii l. c. qu. 3. Stryk l. c. §. 11.

[*a*] L. ult. C. h. t. (3. 43.).

[*b*] S. darüber Cuiac parat. ad Tit. P. de aleator. Aiala l. c. p. 1146.

[*c*] A. M. sind Huber L. 11. T. 5. §. 4. Voet eod. §. 3.

[*d*] I. F. Ludovici de natura et interpret. sponsionum. Hal. 1704.

[*e*] L. 3. h. t. (11. 5.).

[*f*] L. 17. §. 5. de praescr. verb. (19. 5.). Weber über die nat. Verb. §. 65. not. 2. Meditat. über versch. R. M. 2. B. n. 71. A. M. sind Aiala l. c. ad L. 3. h. t. Voet L. 11. T. 5. §. 8.

[*g*] Hellfeld iurispr. for. §. 761. Glück Comm. 11. B. §. 761.

§. 918.

4) Procefs-verhindernde pacta. a) Pacta de non petendo.

Aufser den, bisher genannten *pactis nudis* gehören 4) hieher mehrere, in der Regel die Abwendung oder Beylegung eines Rechtsstreits bezweckende Verträge, welche man insofern procefsverhindernde nennen kann, wenn sie auch zuweilen einen andern Zweck haben können. Zu diesen Verträgen sind zu rechnen: a) die *pacta de non petendo*, wenn nämlich Jemand ausdrücklich oder stillschweigend, ohne bedungene Wiedervergeltung, eine Foderung fallen läfst [*h*]. In der Regel setzen sie natürlich eine freye Zustimmung voraus; doch gibt es auch erzwungene Nachlafsverträge, wie in der Lehre vom Concursprocefs zu zeigen ist.

§. 919.

b) Vergleiche.

Das zweyte Mittel, einen Rechtsstreit gütlich beyzulegen, ist der Vergleich (*transactio*, *depectio*) [*i*]; doch ist der Begriff desselben nicht blofs auf Rechtsstreitigkeiten zu beschränken, indem vielmehr unter dem Vergleich jeder Vertrag zu verstehen ist, da ein Theil seine, in ihren Folgen ungewissen Ansprüche für eine Gegenleistung aufgibt [*k*].

§. 920.

Allgemeine Natur desselben.

Der Vergleich steht im Ganzen unter den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen. Arglist und Betrug haben hier die gewöhnlichen Wirkungen [*l*], und in Betreff des Irrthums findet gleichfalls nichts singuläres statt, wiewohl nach der Natur des Vergleichs die Principien dahin zu modificiren sind, dafs auch hier ein, überhaupt unwesentlicher Irrthum das Geschäft nicht vernichtet [*m*], und ein wesentlicher Irrthum blofs dann in Betracht kommt, wenn

[*h*] L. 2. §. 1. de pact. (2. 14.). A. Steger de natura atque indole pacti de non petendo. Lips. 1728.

[*i*] Vinnius de pact. et transact. L. A. Renthe Vers. einer syst. Erläut. d. Lehre v. d. Transacten. Rost. u. Leipz. 1789. M. de Lutenberger D. exhib. transactionis notionem eamque ineundi modos, ex iur. Rom. princip. Tub. 1795.

[*k*] L. 8. de transact. (2. 15.) L. 11. C. eod. (2. 4.). Vinnius l. c. cap. 1. n. 5. Noodt de pact. cap. 3.

[*l*] L. 9. §. 2. h. t. (2. 15.) L. 3. 4. 42. C. eod. (2. 4.).

[*m*] L. 2. C. eod.

er nicht das ungewisse Object des Vertrags betrifft [n], sondern das, was beide Theile als gewifs voraussetzen [o]. Nur darin liegt etwas besonderes, dafs der Richter von Amtswegen berechtigt und verpflichtet ist, unter den streitenden Theilen nach der Antwort auf die Klage, und nachher zu jeder Zeit, die Güte zu versuchen [p]. Zwang ist ihm aber dabey nicht erlaubt; doch pflegt man bey Streitigkeiten über Alimente, bey Kleinigkeiten, und des öffentlichen Bestens wegen (freilich willkührlich) einige Ausnahmen zuzulassen [q].

§. 921.

Gegenstand des Vergleichs.

Der Gegenstand eines Vergleichs mufs etwas ungewisses seyn, und zwar eine, der Willkühr der Contrahenten unterworfene Sache. Daraus folgt denn wieder, in Gemäfsheit allgemeiner Grundsätze, A) dafs ein Vergleich über etwas gewisses, mithin auch ein Vergleich über ein unumstöfsliches, den Parteyen bekannt gewordenes Urtheil, als in sich widersprechend [r], null und nichtig ist [s], worin einheimische Rechtsgrundsätze nichts geändert haben [t]. B) Dafs der Vergleich ungültig ist, insofern ein Theil unbefugt Rechte aufgibt oder ertheilt. Er darf also nicht zum Nachtheil eines Dritten, wenn diefs nicht durch eine nothwendige Folge geschieht [u], gereichen [x], wohin auch ein Vergleich unter Privat-

[n] L. 78. §. 16. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 65. §. 1. de condict. indeb. (12. 6.) L. 19. L. 29. pr. C. h. t. (2. 4.) L. 6. C. de iur. et facti ignor. (1. 18.).

[o] L. 3. §. 1. L. 12. h. t. (2. 15.) L. 42. C. eod. (2. 4.). M. G. Goetz comm. de errore in transact. recte aestim. Nor. 1797. Allenfalls auch noch von Ende verm. jur. Abh. 1. Thl. n. 1.

[p] I. R. A. §. 110.

[q] Vergl. S. I. Kapf de transact. imperata. Tub. 1761. I. H. Bartels an transact. part. invit. imperar. poss. Goett. 1790. Danz ord. Pr. §. 149—151. Struben 1. B. 66. Bed. Glück Comm. §. 347. a. E.

[r] Ein pactum remissorium gilt hier natürlich. L. 17. §. 3. de pact. (2. 14.) L. 32. C. h. t. (2. 4.).

[s] L. 23. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.). I. N. Hert de transact. post rem iudic. Giess. 1705. M. W. Schroeteringk de transact. super re iudic. Lugd. B. 1754.

[t] A. M. sind Wernher lect. c. L. 2. T. 15. §. 5. Müller ad Leyser Obs. 167. Allein die Römer schlossen hier ja aus Grundsätzen, welche sie selbst bey Contracten befolgten!

[u] L. 14. h. t. (2. 15.).

[x] L. 3. pr. eod.

Personen über Erlassung einer verwirkten öffentlichen Strafe [y], und über Erwerbung der Ingenuität gehören würde [z]. Eben so kann der Vormund ohne Decret unveräusserliche Sachen durch einen Vergleich zwar einseitig erhalten, nicht aber aufgeben [a], selbst dann nicht, wenn ein Dritter sie besitzen sollte [b], auch überhaupt nie ohne offenbaren Nutzen des Mündels transigiren [c]. Dasselbe gilt von einem Privat-Vergleich über Aufhebung einer gewiss eingegangenen Ehe, welcher jedoch bey den Protestanten unter Auctorität der geistlichen Obrigkeit wirksam werden kann [d]. Auch ist in Ansehung der Procuratoren, welche hier die Syndiken mit begreifen [e], zu bemerken, dass alle, nicht zu ihrem Vortheil [f], und nicht für alle Geschäfte bestellten Procuratoren ohne besondere Erlaubniss keinen Vergleich eingehen dürfen [g].

§. 922.

Beschränkung der Freyheit zu transigiren.

Auf den Grundsätzen über die Unverletzlichkeit der Rechte dritter Personen beruht denn auch die Vorschrift, dass Niemand seine Rechte auf künftige [h], ihm durch eine letzte Willensordnung [i], oder die Gesetze [k] angewiesenen, zu seinem Unterhalt wirklich bestimmten Alimente [l], einseitig durch Vergleich, oder einen andern Vertrag [m] auf einmal gegen etwas gewisses auf-

[y] Anders verhält es sich mit Privat-Strafen. L. 7. §. 14. L. 17. §. 1. de pact. (2. 14.) L. 56. §. 4. de furt. (47. 2.) L. 13. C. eod. (6. 2.).

[z] L. 6. C. de liberal. causs. (7. 16.).

[a] L. 46. §. ult. de admin. tut. (26. 7.) L. 22. C. eod. (5. 37.) L. 54. §. 5. L. 56. §. 4. de furt. (47. 2.).

[b] A. M. ist Voet L. 2. T. 15. §. 2.

[c] L. 46. §. ult. de admin. tut. (26. 7.) L. 35 pr. de iureiur. (12. 2.). Leyser Sp. 46. m. 1. 2.

[d] Cap. 2. X. de clandestin. despons. (4. 3.) Leyser Sp. 47. m. 5. Sponsalien sind nicht einmal so beschränkt cap. 2. X. de sponsal. (4. 1.). Pufendorf T. II. Obs. 76.

[e] L. 12. C. h. t. (2. 4.) L. 5. C. de usuris (4. 32.) L. 34. §. 1. de iureiur. (12. 2.).

[f] L. 17. §. 3. de iureiur. (12. 2.).

[g] L. 12. de pact. (2. 14.) L. 17. §. ult. de iureiur. (12. 2.). Noodt de pact. cap. 27. Vinnius ad §. 42. I. de rer. divis.

[h] L. 8. C. h. t. (2. 4.).

[i] L. 8. §. 2. D. eod. (2. 15.).

[k] Glück Comm. §. 553. not. 60. 62.

[l] L. 8. §. 25. eod.

[m] L. 8. §. 6. eod. Stryk L. 2. T. 15. §. 11. A. M. ist Noodt de pact. cap. 17.

geben kann [n], wenn nicht nach vorgängiger förmlicher Untersuchung der Richter den Vergleich bestätigt [o]. Ohne dieſs wirkt aus jenem Grunde selbst die eidliche Bestärkung eines solchen Vergleichs nichts [p]. Eigenthümlich ist dagegen die, im Fall eidlicher Bestärkung jetzt wegfallende [q] Vorschrift, daſs der Vergleich über ein unbekanntes Testament nichtig [r], und der Vergleich mit dem Ankläger über Aufgebung der Anklage die Folge haben soll, daſs der, des Verbrechens Beschuldigte, wenn das Verbrechen, mit Ausnahme des Ehebruchs [s], nicht capital ist, infamirt, und als überführt angesehen wird [t], wovon jedoch die heutige Praxis abweicht [u].

§. 923.

Wirkung des Vergleichs.

Der Vergleich war bey den Römern an sich ein unbestätigtes *pactum* (§. 163.), welches nur Einreden erzeugte, und die Verbindlichkeit bloſs *ope exceptionis* (§. 203.) aufhob [x]; doch konnte man sich gegen den Widerspännstigen, als Zwangsmittel, der alten Klage bedienen, und der, ihr entgegengesetzten Einrede des Vergleichs durch die Replik des Betrugs begegnen [y]. In eine Contracts-Form eingekleidet, war er natürlich vollgültig, und zwar aus politischen Gründen unter der Erweiterung, daſs bey einem, einen Rechtsstreit schlichtenden, durch Leistung in einen Real-Contract verwandelten Vergleich sogar die Reue (§. 165.) wegfiel [z], und selbst gegen den Treulosen auf Erfüllung geklagt werden muſste [a]. Jetzt gilt das Letzte

[n] L. 8. §. 6. 17. 24. eod.

[o] L. 8. pr. §. 8—11. eod.

[p] Meditationen über versch. R. M. 5. B. n. 283.

[q] Glück §. 349. not. 77.

[r] L. 6. h. t. (2. 15.). Ueber die mancherley abweichenden Ideen Andrer s. Glück a. a. O. Juristisches Journal. Ronneb. 1798. 1. B. 3. Hft. n. 1.

[s] L. 18. C. h. t. (2. 4.).

[t] L. 4. L. 29. pr. de iure fisci (49. 14.) L. 3. §. 1. de praevaric. (47. 15.) L. 2. de concuss. (47. 13.). I. A. Stryk de transact. super delict. Kleinschrodt Grundw. d. peinl. R. 2. B. §. 89. fgg.

[u] Quistorp peinl. R. §. 103. Wernher lect. com. L. 2. T. 15. §. 9.

[x] L. 1. 2. 4. 5. 15. h. t. (2. 15.) L. 4. 6. 33. C. eod. (2. 4.). Noodt de pact. cap. 14. Averan interpr. L. 3. c. 8.

[y] L. 27. pr. de inoffic. test. (5. 2.) L. 28. C. h. t. (2. 4.).

[z] L. 17. C. eod.

[a] L. 6. 17. C. eod. Die von Cocceii L. 2. T. 15. qu. 15. dagegen angeführte L. 14. C. eod. spricht von beiderseitiger Zustimmung.

unbedingt, und jeder Vergleich ist klagbar [b]. Das Brechen eines beschwornen Vergleichs hat die Strafe der unmittelbaren Infamie zur Folge [c].

§. 924.

Vernichtung desselben.

Alle Facta, welche vertragsmäſsig entstandene Verbindlichkeiten aufheben, machen auch den Vergleich ungültig [d]. Die unmäſsige Verletzung (§. 197 — 200.) kann hier aber nicht unbedingt in Betracht kommen, sondern nur insofern, als Jemand bey dem Weggeben der, ihm gewiſs gehörenden Sache, oder am Object des Vergleichs bey einer, von beiden Theilen gewissen Voraussetzung über die Hälfte verletzt ist [e].

§. 925.

Auslegung des Vergleichs.

Die Grundsätze über die Auslegung rechtlicher Geschäfte (§. 53. 54.) sind uneingeschränkt auch auf den Vergleich anzuwenden [f]. Der Vergleich ist also nur auf die Dinge zu erstrecken, welche Gegenstand desselben waren, und alles, woran die Contrahenten nicht dachten, bleibt den rechtlichen Ansprüchen derselben (natürlich unter Aufrechterhaltung des Vergleiches selbst) vorbehalten [g].

§. 926.

c) Entscheidung durch Schiedsrichter.

Das dritte Mittel, ohne gerichtliches Verfahren einen Rechtsstreit beyzulegen, ist die Wahl eines Schiedsrichters [h], wozu ein vorgängiger Vertrag der Parteyen unter sich (*compromissum*), und ein Vertrag mit dem Schiedsrichter (*receptum*) gehört [i]. Beide Verträge

[b] S. oben §. 168.

[c] L. 41. C. h. t. (2. 4.).

[d] L. 96. §. 1. de solut. (46. 3.) L. 35. de re iudic. (42. 1.).

[e] L. 78. §. ult. ad SCt. Trebell. (36. 1.). Andre Ideen haben Müller ad Leyser Obs. 166. Emminghaus ad Cocceii L. 2. T. 15. qu. 17. Allein s. Meine Versuche 2. B. n. 11.

[f] Gönner iur. Abh. 1. B. n. 4.

[g] L. 12. h. t. (2. 15.) L. 29. 31. C. eod. (2. 4.). Hellfeld de eo quod ob species noviter repertas circa transact. iuris est (in Op.). Meditationen über versch. R. M. 4. B. n. 231.

[h] W. A. Lauterbach de arbitr. compromissariis. Tub. 1675. I. H. v. Stralen de eod. arg. Lugd. B. 1769.

[i] L. 11. §. 1. L. 13. §. 2. de recept. (4. 8.) L. 81. de iudic. (5. 1.) L. 14. C. eod. (3. 1.).

können in allen Formen eingegangen werden, und selbst die Hinzufügung eines Eides ist jetzt erlaubt [*k*]. Um den Schiedsrichter vom *iudex* der Römer, (welchen Letzten man auch *arbiter legalis* nennt) und den Arbitratoren (§. 155.) zu unterscheiden, fügt man gewöhnlich dem Wort: *arbiter*, den Beysatz: *compromissarius*, hinzu.

§. 927.

Ursprung des Schiedsrichters.

Die Wahl eines Schiedsrichters hängt in der Regel von der Willkühr der streitenden Theile ab, wenn ihnen nicht durch besondere testamentarische oder gesetzliche Verfügungen [*l*] die Pflicht aufgelegt ist, einen Schiedsrichter zu wählen. Dieser heifst denn im letzten Fall ein *arbiter necessarius*, in jenem *voluntarius*.

§. 928.

Wer ist dazu zu wählen?

Nur der, welcher zur Entscheidung der Sache, und zum Richteramt fähig ist, kann zum Schiedsrichter gewählt werden [*m*]. Ausgeschlossen sind daher Weiber, insofern sie keine eigne Gerichtsbarkeit haben [*n*], und Minderjährige unter 18 Jahren. Sind sie über 18, aber unter 20 Jahren, so ist die Wahl gültig, wenn den Compromittenten das Alter bekannt war, nachher unbedingt; doch kann der Minderjährige bis zur Volljährigkeit gegen das *receptum* Restitution verlangen [*o*]. Selbst Magistratspersonen dürfen gewählt werden [*p*]; doch behandelt man sie jetzt nur in Rücksicht der, ihnen vorgeschriebenen Verfahrungsart als Privat-Richter, legt ihnen aber im Uebrigen die ganze Gewalt eines öffentlichen Richters

[*k*] L. 4. C. h. t. (2. 56.) Nov. 82. C. 11. §. 1. vergl. mit cap. 6. X. de vot. (3. 34.).

[*l*] L. 16. C. de iudic. (3. 1.) cap. 9. X. de arbitris (1. 43.) cap. 4. eod. in 6. (1. 22.). Bey uns gehören hieher die Austräge, wovon im Staatsrecht und Reichsprocefs.

[*m*] L. 9. §. 1. h. t. (4. 8.) L. ult. C. h. t. (2. 56.) cap. 8. 9. X. de arbitr. (1. 43.).

[*n*] Cap. 4. X. de arbitr. (1.43.). G. L. Boehmer de superarbitris (Elect. T. 1.) cap. 3. §. 7. O. L. v. Eichmann kleine Abhandl. n. 22.

[*o*] L. 41. h. t. (4. 8.) vergl. mit L. 57. de re iudicat. (42. 1.) cap. 41. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.). Voet L. 4. T. 8. §. 7.

[*p*] L. 3. §. 2. L. 9. §. 2. h. t. (4. 8.). R. A. v. 1594. §. 64. Pufendorf T. 1. Obs. 170.

bey [q]. Auch mehrere können jetzt, selbst in gleicher Zahl [r], gewählt werden, und diefs zwar wieder so, dafs es ihnen im Fall der Uneinigkeit frey stehen solle, einen Dritten (*superarbiter*, *conciliator*, *concordator*, Obmann) zuzuziehen, um den Ausschlag zu geben. Ist dieser aber nicht bestimmt benannt, so ist das ganze Receptum nichtig [s].

§. 929.

Gewalt des Schiedsrichters.

Nur die Sachen können an einen Schiedsrichter gebracht werden, welche die Compromittenten durch Vergleich selbst hätten ausmachen können [t]. Im Uebrigen kann er den Rechtsstreit leiten und entscheiden, wie ein öffentlicher Richter [u]; doch hat er kein *imperium*, kann also weder sein Urtheil vollstrecken [x], noch Zeugen befehlen, sich abhören zu lassen [y], auch keine Caution fodern [z]. Eben so wenig ist die eigenmächtige Anbringung einer Widerklage bey ihm zulässig [a].

§. 930.

Dessen Pflichten.

Die Pflichten der Schiedsrichter bestehen in folgenden: A) Sie müssen sich der Untersuchung und Entscheidung der Sache unterziehen, und können diefs nur aus wichtigen Gründen ablehnen, auch sich, ohne Erlaubnifs, Niemanden substituiren [b]. B) Sind mehrere ernannt, so müssen sie alle handeln, jedoch

[q] Mevius P. 1. Dec. 98. Lauterbach l. c. §. 21. Stryk L. 4. T. 8. §. 4—6. I. H. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 43. §. 4.

[r] Denn man behandelt cap. 1. cap. penult. X. de arbitr. (1. 43.) als Rath. Lauterbach l. c. §. 24. Boehmer princ. iur. can. §. 894.

[s] L. 17. §. 5. h. t. (4. 8.) cap. 12. X. de arbitr. (1. 43.). A. M. ist in Betreff des Röm. R. G. L. Boehmer Diss. cit. cap. 1. §. 11. Müller ad Leyser Obs. 195. Auch die Praxis weicht ab. Hofacker T. 3. §. 4021.

[t] L. 32. §. 6. h. t. (4. 8.) cap. 7. cap. penult. X. de in int. rest. (1. 41.). Lauterbach l. c. §. 30.

[u] L. 39. h. t. (4. 8.). Auch treten hier, jedoch beschränkt, die Folgen der Rechtshängigkeit ein. L. 5. §. 1. C. h. t. (2. 56.) vergl. mit L. 30. h. t. (4. 8.).

[x] L. 5. C. h. t. (2. 56.) cap. 2. 4. X. de arbitr. (1. 43.).

[y] L. 39. h. t. (4. 8.).

[z] L. 32. §. 20. eod.

[a] cap. 6. X. de arbitr. (1. 43.)

[b] L. 9. §. 4. 5. L. 11. L. 15. L. 16. L. 32. §. 12. 16. h. t. (4. 8.).

jetzt [c] unter der vergebens angefochtenen [d] Beschränkung: Falls nicht der nicht Erscheinende gehörig geladen, und ohne Grund wegbleiben sollte. Die Clauseln: sammt und sonders, und sammt oder sonders, können auch hier Aenderungen bewirken [e]. C) Die Führung des Processes muſs in der gewöhnlichen Form geschehen, wenn nicht den Schiedsrichtern ein anderes Verfahren erlaubt ist [f]. Endlich D) müssen mehrere Schiedsrichter sich Eines Schlusses zu vereinigen suchen. Sind die Stimmen ungleich, so gehen die, der Zahl nach überwiegenden gleichen Stimmen vor. Ist keine Pluralität der Stimmen da, so geht der harmonirende Inhalt der Stimmen, sofern er überwiegend ist, vor [g]. Treten alle diese Fälle nicht ein, so müssen die Schiedsrichter einen Obmann (wozu man jetzt Spruch-Collegien zu wählen pflegt) ernennen, und dieser kann denn einem Theil beytreten, oder selbst eine willkührliche Entscheidung fassen [h]. Der schiedsrichterliche Spruch heiſst *arbitrium* oder *laudum* [i].

§. 931.

Kraft des Spruchs desselben.

Ist der Spruch des Schiedsrichters Rechtsverhältnissen widerstreitend, worüber Privat-Personen nicht verfügen können, z. B. eine Schändlichkeit erlaubend, oder wider das öffentliche Recht, oder die Grenzen des *recepti* überschreitend, so ist er nichtig [k]; sonst aber besteht er, er sey billig oder unbillig, durch falsche Gründe veranlaſst, oder nicht, und zwar nach Römischem Recht unumstöſslich [l]. Das ältere kanonische Recht verwirft auch

[c] L. 17. §. 7. L. 18. eod. vergl. mit cap. ult. de arbitr. in 6. (1. 22.). Coccei i L. 4. T. 8. qu. 2.

[d] Glück Comm. §. 480. not. 92.

[e] S. unten §. 1105.

[f] L. 1. L. 32. §. 15. h. t. (4. 8.).

[g] L. 17. §. 7. L. 27. §. 3. eod. vergl. mit cap. 1. de arbitr. in 6. (1. 22.). Cocceii l. c. qu. 4. Lauterbach l. c. §. 26. Voet L. 4. T. 8. §. 19.

[h] L. 17. §. 5. 6. eod. cap. 39. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.).

[i] G. L. Boehmer Diss. cit. cap. 1. §. 16.

[k] L. 1. pr. L. 21. §. 7. 11. h. t. (4. 8.) cap. 5. 6. 9. 11. 13. X. de arbitr. (1. 43.). C. G. Strecker de laudo arbitror. eiusque in iure effectu. Erf. 1733. Ayrer de auctor. arbitrii ex compromisso vim iudicati hab. Viel zu weit geht Leyser Sp. 65. m. 5. Vergl. Claproth ord. Proc. §. 12. not c.

[l] L. 19. pr. L. 27. §. 2. L. 31.

die Appellation dagegen; das neuere erlaubt aber eine sogenannte aufsergerichtliche Berufung [*m*], und in den Reichsgesetzen findet sich die Zulässigkeit einer Beschwerde über eine *laesio enormissima* [*n*]. Dadurch ist die, freilich noch angefochtene [*o*], Praxis entstanden, dafs jedes unbillige *laudum* binnen 30 Jahren bey dem ordentlichen Richter des beklagten Compromittenten durch eine *provocatio*, oder *reductio ad arbitrium boni viri* angefochten werden kann [*p*].

§. 932.

Daraus entstehende Rechte.

Das *arbitrium* erzeugte bey den Römern keine neue Verbindlichkeit, sondern der Sieger hatte blofs die, aus der Natur des Compromisses folgenden Rechtsmittel [*q*]; daher denn auch die Ungültigkeit des nutzlosen Vertrages, dafs der Schiedsrichter ein, ihm vorgeschriebenes Urtheil fällen solle [*r*]. War demnach das Compromifs in eine Contracts-Form eingekleidet, so hatte der Sieger eine Klage [*s*], welcher jedoch der andre durch Erlegung der versprochenen Strafe ausweichen konnte [*t*]; ein blofses *pactum* dagegen erzeugte nur Einreden [*u*]. Allein nach Justinians Vorschrift mufs man im Fall eines simpeln *pacti* unterscheiden, ob das *laudum* von den Parteyen durch Unterschrift, oder zehntägiges Schweigen genehmigt (*homologatum*) ist, oder ob sie binnen 10 Tagen dagegen protestirt haben. Im letzten Fall wird es ganz vernichtet; in jenem erhält der Sieger aus dem simpeln Vertrage eine *actio in factum* schlechthin auf Leistung und Execution [*x*]. Auch diefs ändert wieder das Deutsche

L. 32. §. 14. eod. Selbst der Schiedsrichter kann ihn aus keinem Grunde ändern, L. 19. §. ult. L. 20. eod. wohl aber Zweydeutigkeiten darin erklären. Schilter Ex. 12. §. 9.

[*m*] cap. 2. X. de arbitr. (1. 43.) cap. 5. X. de appell. (2. 28). G. L. Boehmer l. c. cap. 2. §. 8.

[*n*] R. A. v. 1594. §. 64.

[*o*] Glück Comm. §. 482.

[*p*] Perez ad Cod. L. 2. T. 56. §. 12. Gail L. 1. obs. 149. G. L. Boehmer Diss. cit. cap 3. §. 8. Voet L. 4. T. 8. §. 25—28.

[*q*] L. 2. h. t. (4. 8.) L. 1. C. eod. (2. 56).

[*r*] L. 19. pr. D. eod. Thomasius ad Huber L. 4. T. 8.

[*s*] L. 27. §. 7. L. 34. L. 38. eod. L. 3. C. h. t. (2. 56.).

[*t*] L. 1. C. h. t. (2. 56.) Nov. 82. c. 11. Die Ideen unsrer Juristen sind hier indefs verschieden. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 43. §. 12. Emminghaus ad Coccejii L. 4. T. 8. qu. 6. not. n. Stryk L. 4. T. 8. §. 7. 8.

[*u*] L. 11. §. 3. eod. L. 5. C. h. t. (2. 56.).

[*x*] L. 4. §. ult. L. 5. C. l. c.

Recht. Denn ein simpler Vertrag bindet uns, wie den Römer die Stipulation. Das *laudum* bindet also jetzt sofort, noch ehe es *homologatum* ist. Nach der Billigung treten Justinians Vorschriften ein [y].

§. 933.

d) Aufsergerichtlicher Eid.

Das letzte Mittel, ohne Richter einen Streit beyzulegen, besteht darin, dafs man Jemandem erlaubt, entweder schlechthin nach seinem billigen Ermessen (§. 155.), oder eidlich über seine Rechte selbst den Ausspruch zu thun. Dieser aufsergerichtlich angetragene Eid braucht aber weder bey Antragung, noch etwaniger Zurückschiebung desselben angenommen zu werden [z]; ist er jedoch abgeleistet, so ist die Angabe des Schwörenden unumstöfslich, wie ein Vergleich [a], und eine wirkliche Schuld wird dadurch, wie durch Zahlung, aufgehoben [b]. Die eidliche Angabe erzeugt aber keine neue Klage, sondern es kann blofs die wirklich stattgefundene, oder eidlich als existirend angegebene alte Klage angestellt, und der Eid, als *adiectitia qualitas* (§. 70.), mit erwähnt werden [c].

Zweytes Capitel.

Ueber Nebenverträge.

§. 934.

Hier nur noch 1) über die Novation.

Von den Nebenverträgen (§. 853.) sind bisher schon manche, des Zusammenhangs wegen, angeführt, welche theils Contracte [d], theils *pacta legitima* [e], und *praetoria* [f],

[y] I. H. Boehmer l. c. §. 14. Stryk L. 4. T. 8. §. 11. I. F. Ludovici de effectu et obligatione laudi. Hal. 1711. §. 29—40. Diese Principien heben denn auch den Zweifel bey Malblank princ. iur. Rom. §. 335. not. z. über die Praxis.

[z] L. 17. pr. de iureiur. (12. 2.). Ueberh. I. S. Stryk de eo quod iustum est circa iuramenta extraiudicialia. Hal. 1702.

[a] L. 12. C. de rebus credit. (4. 1.).

[b] L. 7. L. 28. pr. §. 1. 3. L. 40. L. 42. §. ult. de iureiur. (12. 2.). Cuiac Obs. L. 22. c. 1.

[c] L. 3. L. 7. L. 9. pr. §. 1—3. L. 11. §. 1. L. 28. §. 10. eod. L. 9. C. de R. C. (4. 1.). Huber prael. ad Inst. L. 4. T. 6. §. 15. A. M. ist Coccei i L. 12. T. 2. qu. 22.

[d] Wie der contract. pignorat. §. 640.

[e] Dahin gehören die pacta dotalia, und die donatio propter nuptias. §. 454. 476. fgg.

[f] Dahin gehört das pactum hypothecae. §. 640.

theils unbestätigte *pacta* sind [g]. Ausser diesen sind hier noch auszuheben: I) die Novation [h]. Im Allgemeinen versteht man darunter einen Vertrag, wodurch irgend etwas an einer bestehenden Verbindlichkeit geändert wird, ohne das ganze Recht des Gläubigers in der Hauptsache aufzuheben. Wird die alte Hauptverbindlichkeit aufgehoben, und in eine neue umgewandelt, so nennt man die Novation *privativa* [*]. Bleibt hingegen die alte Hauptverbindlichkeit, und erhält dieselbe nur neue Modificationen und Zusätze, so heisst die Novation *cumulativa*. Der Unterschied besteht besonders darin, dass die erste als Zahlung angesehen wird, und dass mit derselben alle Accessionen der älteren Verbindlichkeit von selbst wegfallen [i].

§. 935.

Fortsetzung.

Die *novatio privativa* setzt stets voraus, dass darüber eine freye Uebereinkunft stattfinde, daher sie auch von den Römern vorzugsweise *novatio voluntaria* genannt wird [k]. Eine *novatio cumulativa* muss sich dagegen der Schuldner in einigen Fällen [l] gefallen lassen, wenn auch gleich ebenfalls in der Regel eine freye Uebereinkunft der Parteyen dazu erfoderlich ist [m]. Daher erklärt es sich, warum die neueren Juristen nur die, erst von ihnen sogenannte *novatio cumulativa* in eine *necessaria* und *voluntaria* eintheilen.

§. 936.

Natur der privativa.

Die *novatio privativa* erfodert in der Regel eine Stipulation; doch ist bey bloss natürlichen, und solchen Verbindlichkeiten, welche allein aus der simpeln Einwilligung entsprangen, auch ein *pactum* dazu hinreichend [n]. Ausserdem muss sie aus-

[g] Von dieser Art sind die pacta de praestanda und non praestanda evictione. §. 183. 189. das Versprechen einer Arrha §. 144. oder Conventional-Strafe §. 115.; der Zinsvertrag §. 279. und das pactum de non alienando. §. 584.

[h] L. Sartorii Diss. de novationibus. Erf. 1771. I. C. Hasse Diss. an novatio voluntaria esse possit citra stipulationem. Kil. 1811.

[*] L. 8. §. 1. L. 14. pr. §. 1. L. 24. L. 32. pr. h. t. (46. 2.).

[i] L. 18. h. t. (46. 2.) L. 2. C. eod. (8. 42.).

[k] L. 29. h. t. (46. 2.).

[l] S. unten §. 1141. 1162.

[m] Beyspiele enthält L. 8. C. h. t. (8. 42.).

[n] L. 1. pr. h. t. (46. 2.) L. 7. §. 6. L. 27. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 72. de contr. emt.

drücklich geschehen, d. h. die Parteyen müssen mit klaren Worten [o] erklären, dafs die neue an die Stelle der alten Verbindlichkeit treten solle [p]. Doch bedarf es dieser Erklärung nicht, wenn die neue Verbindlichkeit durch sich selbst die ältere in ihren wesentlichen Theilen aufhebt [q].

§. 937.

Expromission, Delegation.

Arten der *novatio privativa* sind, oder können seyn: 1) die Expromission, wenn Jemand die Verbindlichkeit eines Schuldners, ohne dessen Zustimmung, schlechthin, und nicht subsidiarisch übernimt, welches ohne Zustimmung des Schuldners rechtsgültig geschehen kann [r]. Im Zweifel liegt aber darin nicht anders eine *novatio privativa*, als wenn diefs erklärt ist [s]. 2) Die Delegation, wenn der erste Schuldner (*delegans*) einen andern (*delegatus*) mit dessen und des Gläubigers (des *delegatarii*) Zustimmung an seine Stelle setzt. Dieses Geschäft (welches einen doppelten Vertrag, nämlich einen simpeln zwischen dem alten und neuen Schuldner [t], und in der Regel einen feierlichen zwischen dem letzten und dem Gläubiger voraussetzt [u], erfodert, um als privative Novation zu gelten, auch ausdrückliche Worte [x], und hat dann zur Folge, dafs, wenn der Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und dem Gläubiger nicht absolut nichtig war, der alte Schuldner gänzlich befreyt wird, auch wenn der neue nicht wirksam ausgeklagt werden kann [y]; dafs ferner dem neuen Schuldner nicht die Einreden gegen den Gläubiger zustehen, welche der

(18. 1.). A. M. sind J. Kopp über die Novation. Hanau 1811. Hasse Diss. cit.

[o] L. 8. C. h. t. (8. 42.) vergl. mit Werlhof Diss. ad L. 8. C. de novat. §. 14. Voorda int. cap. 39. Müller ad Leyser Obs. 875. Hasse l. c. p. 21 — 31.

[p] Dahin gehört denn auch gewifs unser: Statt dessen verspreche ich dir.

[q] L. 8. C. cit. G. L. Crell de animo novandi factis expresso §. 4. (op. F. 4. n. 29.).

[r] §. 3. I. quib. mod. toll. obl. (3. 30.) L. 8. §. 5. h. t. (46. 2.).

[s] L. 8. §. 5. cit. vergl. mit L. 8. C. h. t. (8. 42.).

[t] L. 17. D. eod.

[u] L. 11. §. 1. eod. L. 1. L. 6. C. eod. (8. 42.).

[x] L. 3. C. eod. vergl. mit L. 8. eod. und Nov. 158. pr. Walch contr. iur. pag. 709. 710. A. M. ist Werlhof l. c. §. 8. 16. 17.

[y] L. 3. C. eod. L. 26. §. 2. mandati (17. 1.).

alte Schuldner demselben entgegensetzen durfte [z], und dafs endlich der neue Schuldner sich gegen den Gläubiger eben so wenig mit den Einreden decken kann, durch welche er sich vielleicht gegen den Deleganten hätte schützen können [a].

§. 938.

II) Constitutum debiti proprii.

Mehr nach Römischem, als dem jetzigen Recht wichtig ist II) das *constitutum debiti proprii* (§. 166.), woraus, als aus einem prätorischen *pacto*, die *actio de constituta pecunia* entspringt, sofern es gültig ist [b]. In Ansehung desselben sind folgende Hauptsätze zu merken: 1) Es setzt eine, auf irgend eine Art gültige Verbindlichkeit voraus [c], enthält aber als solches keine privative Novation [d]. Da indefs bey uns ein simpler Vertrag, ohne vorhergehende Verbindlichkeit, vollgültig ist, so ist nun auch das Versprechen, welches auf die Erfüllung einer vernichteten Verbindlichkeit geht, in aller Rücksicht verbindend, sofern nur die Verbindlichkeit nicht absolut vernichtet war, und das Versprechen unter Umständen geschah, unter denen sich der Versprechende vollgültig verpflichten konnte. Nur unter eben diesen Beschränkungen macht das *constitutum* eine eingeschränkte Verbindlichkeit zu einer vollgültigen [e]. 2) Die Verbindlichkeit des *constituti* erlischt, wenn die erste Verbindlichkeit durch Zahlung, und was dieser gleich ist, getilgt wird [f], nicht aber, wenn sie blofs durch Ablauf der Zeit ihre Kraft verliert [g].

§. 939.

III) Intercession. 1) Deren Begriff,

Eine der wichtigsten Arten der Nebenverträge, welche manches aus andern Lehren mit unter sich begreift, aber hier durchaus in ihrem ganzen Zusammenhange dargestellt werden mufs, ist III) die Intercession. Man versteht darunter die Erklärung, wodurch Jemand die vor-

[z] L. 19. h. t. (46. 2.).
[a] L. 12. 13. 19. 22. eod.
[b] L. 1. §. 6. 7. 8. de const. pec (13. 5.).
[c] L. 1. §. 7. 8. L. 3. §. 1. eod. L. 2. C. eod. (4. 18.).
[d] L. 11. §. 1. L. 28. L. 30. D. eod.
[e] Weber v. d. natürl. Verb. §. 126. 127.
[f] L. 43. de solut. (46. 3.).
[g] L. 18. §. 1. h. t. (13. 5.). Lauterbach coll. L. 13. T. 5. §. 10. Cocceii eod. Tit. qu. ult.

handene, oder künftige Verbindlichkeit eines Andern zu dessen Vortheil über sich nimt, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Uebernahme derselben verpflichtet zu seyn [*h*]. Es ist also 1) keine Intercession, wenn keine Verbindlichkeit übernommen wird, wie diefs bey der Zahlung, und der Erlassung eines Pfandes stattfindet [*i*], so wie in dem Fall, wenn man Jemandem blofs für eine, ihm etwa nachtheilige Handlung Entschädigung zu geben verspricht, ohne dabey eine Verbindlichkeit des Andern zu übernehmen [*k*]. Eben so wenig 2) wenn man, wie bey der Erbschaftsantretung, eine Verbindlichkeit übernimt, ohne dadurch eine Person von dieser Last zu befreyen [*l*]. Endlich 3) kann es nicht für eine Intercession gelten, wenn Jemand die, für ihn selbst contrahirten Verbindlichkeiten einem Andern abnimt [*m*], oder sich mit seiner vorhandenen Verbindlichkeit einen andern Gläubiger anweisen läfst [*n*].

§. 940.

und Arten. Die Arten der Intercession sind mannigfaltig, und lassen sich aus manchen Gesichtspuncten betrachten [*o*]. In rechtlicher Hinsicht ist folgendes die wichtigste Eintheilung: die Intercession ist entweder I) *privativa*, wenn man Jemanden von einer künftigen [*p*], oder einer vorhandenen Verbindlichkeit durch Expromission, Delegation, oder auf andre Art, gänzlich befreyet [*q*]; oder II) *cumulativa*, wenn der, für den man intercedirt, verhaftet bleibt. Hier sind wieder zwey Fälle möglich, nämlich: entweder wird 1) der Intercedent nur insofern verpflichtet, als der Gläubiger von dem Hauptschuldner seine Befriedigung nicht zu erhalten vermag: dann kann man sie *subsidiaria* nennen. Arten derselben: A) wenn man Jemanden als Defensor vertheidigt [*r*]; B) die Bestellung eines Pfan-

[*h*] L. 8. §. 1. ad SCt. Velleian. (16. 1.) L. 4. C. eod. (4. 29.).

[*i*] L. 5. L. 8. pr. D. L. 1. L. 4. C. eod.

[*k*] L. 19. pr. D. vergl. mit L. 6. §. 1. C. eod. Röslin von weiblichen Rechten. 2. B. S. 103—108.

[*l*] L. 32. pr. D. eod.

[*m*] L. 19. pr. §. 1. sqq. eod.

[*n*] L. 8. §. 2. L. 24. pr. eod.

[*o*] Ueber die Eintheilungen Andrer: Hellfeld iur. for. §. 920. Hofacker T. 3. §. 4140. I. C. Koch de constituto debiti alieni. Kil. 1777. §. 1. fgg.

[*p*] L. 8. §. 14. ad SCt. Vellei. (16. 1.).

[*q*] S. vorhin §. 937.

[*r*] L. 10. §. 1. de in rem verso (15. 3.).

des für einen Andern [s]; C) das *mandatum qualificatum* [t], und endlich D) die Bürgschaft (*fideiussio*), d. h. der Vertrag, durch welchen man accessorisch, bloſs zur Sicherheit des Gläubigers, der Verbindlichkeit eines Andern beytrit [u]. Kann dagegen 2) der Intercedent als solcher die Klage des Gläubigers nicht einstweilen ganz von sich abwenden, so entsteht daraus eine *intercessio non subsidiaria*. Dahin gehört A) der Beytritt als *correus debendi* [x]; und B) das prätorische *pactum*, welches *constitutum debiti alieni* heiſst. Der Begriff desselben ist, in Vergleichung mit der Bürgschaft, bloſs negativ, nämlich: cumulative accessorische Uebernahme der Verbindlichkeit eines Andern, welche zu andern Zwecken geschieht, als um dem Gläubiger bloſs Sicherheit zu verschaffen [y]. Auch darin unterscheidet sich diese Intercessions-Art von der Bürgschaft, daſs sie nicht subsidiarisch ist [z].

§. 941.

2) Allgemeine Regel über alle Arten.

Es gibt viele Grundsätze, welche theils auf alle Arten der Intercessionen anwendbar sind, andre, welche sich auf eine bestimmte Classe derselben, und noch andre, welche sich nur auf eine einzelne Art beziehen. Bey der Darstellung dieser verschiedenen Grundsätze ist aber natürlich wieder alles zu übergehen, was aus den allgemeinen Regeln über Verträge als bekannt vorauszusetzen ist, und eine bloſse Anwendung jener Regeln auf diese Materie enthält, wie z. B. der Grundsatz, daſs Niemand gültig intercediren kann, welcher nicht befugt und fähig ist, sich durch Verträge in Ansehung seines Vermögens zu binden [a].

[s] Die Grundsätze hierüber liegen in §. 664.

[t] S. darüber oben §. 865. und über die subsidiarische Verbindlichkeit dieses, eigentlich eine anticipirte Bürgschaft enthaltenden Geschäfts Nov. 4. c. 1. Voorda elect. cap. 7.

[u] L. 1. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 1. §. 8. de O. et A. (44. 7.).

[x] S. darüber oben §. 224 — 226.

[y] L. 3. §. 2. L. 4. L. 5. pr. L. 16. §. 1. de constit. pec. (13. 5.) L. 15. de in rem verso (15. 3.). Koch l. c. §. 10. 11. 12.

[z] Viele behaupten zwar mit Lauterbach coll. L. 13. T. 5. §. 20. Stryk eod. §. 7. Glück Comm. 13. B. §. 851. auch der Constituent habe das beneficium excussionis; allein die Natur der Sache ist dawider, und nicht dafür sind Nov. 4. c. 1. Nov. 136. praef. so weit ihr Text bey uns Gesetzkraft hat. Koch l. c. §. 16.

[a] §. 8. 9. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 6. de V. O. (45. 1.).

§. 942.

A) Accessorische Natur.

In Ansehung aller Intercessionen gelten folgende Grundsätze: I) sie sind accessorische Geschäfte, welche insofern, als keine Hauptverbindlichkeit existirt, oder wirklich wird und bleibt, null und nichtig sind [*b*]. Zahlt jedoch Jemand wissentlich aus einer solchen Intercession, so kann er das Gegebene nur in so weit, als es bey Zahlungen erlaubt ist, zurückfodern [*c*]; auch ist selbst die Intercession, als Schenkung, vollgültig, wenn sie zu diesem Zweck, und zwar für eine Nichtschuld geschah, deren Erfüllung die Gesetze nicht absolut untersagen [*d*].

§. 943.

B) Regrefs. Benef. cedend. actionum.

II) Wer als Intercedent für einen Andern zahlt, hat mancherley Mittel, um von dem Hauptschuldner seine Befriedigung zu erhalten. Er kann nämlich, 1) wenn er von demselben einen Auftrag erhielt, die Mandats-Klage, ohne diesen aber die *actio negotiorum gestorum* anstellen [*e*]. Allein beide Klagen fallen weg, wenn er in der Absicht zu schenken intercedirte, oder durch seine Schuld den Procefs verlor [*f*]. Ferner kann die Mandatsklage nicht angestellt werden, wenn dieses in sich nicht vollgültig, und eben so wenig die *actio negotiorum gestorum*, wenn es dem Intercedirenden vom Hauptschuldner verboten war, die Handlung vorzunehmen [*g*], oder gegen den letzten keine, durch eine Klage geltend zu machende Rechtsverfolgung stattfand [*h*]. Aufserdem kann 2) der Intercedirende vom Gläubiger Cession seiner Klagen gegen den Hauptschuldner fodern, welches man *beneficium cedendarum actionum* nennt, um da-

[*b*] L. 11. §. 1. de const. pec. (13. 5.) L. 29. L. 46. de fideiuss. et mandat. (46. 1.) L. 9. §. 3. 4. 5 de pignorat. act. (13. 7.).

[*c*] S. oben §. 82.

[*d*] L. 13. pr. de minor. (4. 4.) L. 25. de fideiuss. et mand. (46. 1.) L. 95. §. 3. de solut. (46. 3.). Weber a. a. O. §. 112—117.

[*e*] L. 25. D. de fideiuss. et mand. (46. 1.) L. 14. C. eod. (8. 41.) Tit. Pand. de negot. gest. (3. 5.).

[*f*] L. 67. de fideiuss. et mand. (46. 1.) L. 4. 12. C. de negot. gest. (2. 19.) L. 9. §. 3. de SCt. Macedon. (14. 6.). Ueberh. Weber v. d. nat. Verb. §. 112—117.

[*g*] L. 24. C. de negot. gest. (2. 19.).

[*h*] Weber a. a. O. §. 116.

durch vom Schuldner, und denen, welche mit dem Cessionar als Intercedenten zugleich *in solidum* hafteten, seine Befriedigung, und zwar von dem ersten ganz, von den letzten aber *pro rata*, zu erhalten [*i*]. Diefs kann aber natürlich nur stattfinden, wenn der Gläubiger Klagen zu cediren hat, also nicht, wenn das Recht desselben gegen den Hauptschuldner nicht klagbar [*k*], oder wenn die Klage durch Zahlung des Intercedirenden, oder eine *intercessio privativa* erloschen ist. Nur dann findet auch noch nach diesen Zeitpuncten die Cession statt, wenn der Intercedirende den Gläubiger unter dieser Bedingung befriedigte [*l*].

§. 944.

C) SCt. Velleianum.

Besonders wichtig ist III) die allgemeine Vorschrift des *SCti Velleiani* [*m*], dafs alle Intercessionen der Weiber [*n*] eine *ope exceptionis* (§. 203.) unwirksame Verbindlichkeit erzeugen sollen [*o*]. Was zur Eludirung dieser Vorschrift geschieht, ist auf gleiche Weise unwirksam [*p*]; und es findet also in der Regel auch keine Entsagung des Gesetzes statt [*q*], welches, insofern es den Weibern zum

[*i*] L. 17. 36. 39. de fideiuss. (46. 1.) L. 2. 11. 14. C. eod. (8. 41.). Wie weit eine Klage ohne diese Cession gegen die correos stattfindet, erhellet aus §. 227.

[*k*] Weber a. a. O.

[*l*] L. 36. D. eod. vergl. mit L. 67. L. 76. de solut. (46. 3.) L. 1. C. de contrar. tutel. iud. (5. 58.).

[*m*] Ueberh. I. H. Boehmer de efficaci mulierum intercessione (Ex. T. 3.). Hellfeld de intercess. mulier. et SCto Velleiano (op. T. 1.). C. L. Röslin Abh. v. d. bes. weibl. Rechten. 2. B. S. 53. fgg. S. G. Gaertner doctrin. de intercess. mulierum speciali casu illustrata. H. C. Gerke Comm. de limitibus SCti Vell. Goett. 1795. H. D. Suse Comm. de iure singulari feminae intercedentis Romanae et Hamburgensis. Pars prior. Goett. 1803. v. Zangen über weibliche Bürgschaften und Concurssachen. Giefs. 1804.

[*n*] L. 2. §. 4. h. t. (16. 1.) L. 1. L. 4. C. eod. (4. 29.).

[*o*] L. 16. 23. 30. D. L. 3. 10. 15. 19. 20. C. eod. Ueber die mancherley Ideen Andrer, wie man das Gesetz und die, daraus entspringende Ungültigkeit ansehen müsse, vergl. Boehmer l. c. c. 1. §. 6. Huber L. 16. T. 1. n. 7. Röslin S. 59 — 62. 219 — 222. Suse l. c. §. 14 — 17. 36 — 38.

[*p*] L. 29. §. ult. D. eod.

[*q*] Weber v. d. nat. Verb. §. 74. not. 13. Aus L. 32. §. 4. D. eod. Nov. 118. c. 5. kann man nur zwey Ausnahmen zulassen. Voorda D. exhibens quaestiones quasdam iuris civilis et hodierni. Lugd. Bat. 1770. Manche suchen mit

Vortheil gereichen soll, zu den *beneficiis legis* [r], und insofern es von allgemeinen strengen Rechtsregeln abweicht, zu den Arten des *iuris singularis* (§. 29.) gehört, aber auch insofern, als es, auf den weiblichen Leichtsinn bey künftig zu erfüllenden Versprechen berechnet [s], die Weiber aufser Stand setzt, sich jener Wohlthat zu begeben, ein Prohibitiv-Gesetz genannt werden kann [t]. Durch jene Vorschrift werden aber natürlich da, wo Intercessionen der Weiber ungültig sind, die ordentlichen anderweitigen Rechtsmittel, welche nach der Lage der Sache, z. B. wegen einer Arglist, oder *versio in rem* stattfinden, nicht ausgeschlossen [u], so wenig als dadurch aus diesem Grunde [x] die Geschäfte für unwirksam erklärt sind, welche nach dem Obigen keine Intercession enthalten [y], es möchte denn seyn, dafs sie zur Bemäntelung einer Intercession dienen sollten [z].

§. 945.

Uebersicht. Um diese Materie in gehöriger Klarheit darzustellen, mufs man die vier Fragen genau von einander absondern: worin besteht die Wohlthat des *SCti Velleiani?* welche Ausnahmen machte man vor Justinian von den Grundsätzen desselben? welche Veränderungen hat Justinian in dieser Lehre vorgenommen? und endlich: was hat das kanonische und Deutsche Recht hierin geändert?

Averan int. L. 2. c. 5. Hellfeld l. c. §. 38. Suse l. c. §. 22. sogar zu beweisen, dafs L. 32. §. 4. cit. keine Ausnahme enthalte. Viele sehen dagegen die Entsagung mit Boehmer l. c. c. 2. §. 15. allgemein als zulässig an. Vergl. auch noch Emminghaus ad Cocceii L. 16. T. 1. qu. 12.

[r] L. 15. D. L. 2. 15. 16. 18. C. eod.

[s] Ueber den wahren Grund des SCti V. s. Leyser Sp. 1. m. 13. Heineccii Ant. L. 3. T. 2. §. 33. und besonders Weber Beytr. zu d. Lehre v. d. Kl. u. Einr. 1. St. n. 3.

[t] L. 1. L. 2. §. 1. L. 16. §. 1. D. eod.

[u] L. 15. L. 30. D. eod. Suse l. c. §. 48. 59.

[x] Denn es versteht sich, dafs die Anfechtung solcher Geschäfte aus andern Gründen des gemeinen Rechts nicht ausgeschlossen ist. L. 32. pr. D. L. 4. C. eod.

[y] S. die Allegate in not. i. — n zu §. 939.

[z] L. 29. §. ult. D. eod. Davon ist auch L. 32. §. 2. eod. zu verstehen. Voet L. 18. T. 1. §. 11.

§. 946.

Natur desselben. Die Folgen des *SCti Velleiani* bestehen 1) in Rücksicht der Weiber darin, daſs die Intercedentinn, A) wenn sie aus der Intercession belangt wird, sich mit der *exceptio SCti Velleiani* schützen kann [*a*], und zwar bis zur Execution [*b*], nicht allein gegen den Gläubiger, sondern auch gegen ihren Bürgen [*c*]. Hat sie B) die Intercession durch Einräumung eines Faustpfandes geschlossen, so kann sie dieſs von jedem Besitzer vindiciren [*d*], auch, C) wenn sie vermöge der Intercession zahlte, das Gegebene, jedoch nur insofern, als es aus Irrthum geschah, von dem Empfänger *condictione indebiti* zurückfodern [*e*]. Alle diese Vorrechte stehen den Weibern gegen jeden, also auch gegen Weiber [*f*], und zwar in allen Fällen zu, selbst wenn sie für ihre Aeltern und Kinder intercedirt haben [*g*]. 2) In Ansehung dritter Personen entspringen A) aus dem *SCto Velleiano* die Vortheile, daſs alle Nachfolger, und alle, welche für die Intercession intercedirt haben, sich gleichfalls jener Einrede bedienen können [*h*], sofern sie sich nicht derselben auf eine gültige Art ausdrücklich oder stillschweigend begaben [*i*]. Dagegen entspringen B) für dritte Personen die Nachtheile daraus: a) daſs sie sich die vorhin genannten Rechtsmittel müssen gefallen lassen. Hat jedoch b) die Intercession einen Dritten von einer künftigen Verbindlichkeit befreyt, so wird nun dem Gläubiger gegen den Dritten die, aus der Intercession entsprungene Klage (*actio*

[*a*] L. 2. 3. 16. C. h. t. (4. 29.).

[*b*] L. 11. ad SCt. Maced. (14. 6.).

[*c*] L. 8. §. 2. h. t. (16. 1.). Faber in Cod. L. 4. T. 29. qu. 6. 28.

[*d*] L. 32. §. 1. eod.

[*e*] L. 9. C. h. t. (4. 29.). I. A. Hellfeld de condictione mulieri intercedenti competente. Ien. 1739.

[*f*] Denn diese sind ja nur als Intercedentinnen privilegirt. L. 5. C. eod. Meine Versuche 2. B. S. 286. 287.

[*g*] L. 3. 6. 8. C. eod. Nov. 115. c. 3. §. 8. Leyser Sp. 169. m. 5. Mancherley Billigkeitsausnahmen machen Beyer delin. iur. civ. L. 16. T. 1. §. 23. Harprecht Consil. 70. n. 220. 222. Wibel de iure singular. mul. p. 44.

[*h*] L. 16. §. 1. D. L. 20. C. eod. Eine willkührliche Ausnahme in Betreff der Erben der Ehefrau macht Stryk L. 16. T. 1. §. 15. uneingedenk, daſs ja die Ungültigkeit der Intercessionen auf andern Gründen beruht, als weil sie Schenkungen sind.

[*i*] S. vorhin §. 942. Suse l. c. §. 29. 30.

institutoria) gestattet [*k*], während c) wenn die Intercession eine vorhandene Verbindlichkeit aufhob, dem Gläubiger seine alte Klage (*actio restitutoria s. rescissoria*) gegen den ersten Schuldner wiederhergestellt wird [*l*], wobey denn ein besonderes Restitutions-Gesuch unnöthig ist [*m*]. Intercedirte endlich d) ein Frauenzimmer mit einem Manne, so bleibt der letzte *in solidum* allein verhaftet, wenn beide *correaliter* intercedirten [*n*]. Uebernahm aber der Mann nur eine *rata*, so werden dem Gläubiger gegen den Befreyten auf die Gröfse des Antheils der Intercedentinn, die, vorhin erwähnten *actiones institutoriae* und *restitutoriae* gestattet [*o*]. Uebrigens kann man natürlich diese Vorschriften nicht auf den Fall erstrecken, wenn Weiber als Selbstschuldnerinnen zugleich mit einem Manne verpflichtet werden. Denn hier haften sie im Zweifel auf ihren Antheil [*p*].

§. 947.

Aeltere Ausnahmen.

Schon vor Justinians neueren Aenderungen gab es manche Fälle, in denen die Weiber, ohne von den Einreden des gemeinen Rechts ausgeschlossen zu seyn [*q*], sich nicht auf das *SCt. Velleianum* berufen konnten. Diese Fälle sind: A) Wenn die Intercedentinn den Gläubiger, bey dem sie intercedirte, auffodert, seine Klage gegen den Schuldner ruhen zu lassen, und sie in Anspruch zu nehmen. In diesem Fall hat ihre Entsagung Kraft [*r*]. Viele lassen jetzt die Entsagung überhaupt gelten, wenn nur die Intercedentinn, sey es auch aufsergerichtlich [*s*], von dem Inhalt des *SCti Velleiani* zuvor belehrt ist [*t*]. Auf allen Fall braucht aber die Entsagung nicht in einem öf-

[*k*] L. 8. §. 14. D. eod.

[*l*] L. 8. §. 9. 11. 12. 13. L. ult. §. ult. D. L. 16. C. eod.

[*m*] L. 14. L. 16. in f. L. 24. §. 3. D. eod. Wissenbach ad Pand. L. 16. T. 1. n. 5. Glück Comm. 14. B. S. 470. not. 89. A. M. ist Huber eod. §. 8.

[*n*] L. 8. C. eod. Voet l. c. §. 7. Cocceii eod. qu. 10. Röslin S. 82. 83.

[*o*] L. 8. §. 14 D. eod. Wernher lect. comm. L. 16. T. 1. §. 6.

[*p*] L. 17. h. t. Emminghaus ad Cocceii l. c. qu. 6. Webers Beytr. z. d. Lehre v. d. Klagen u. Einr. 1. St. n. 3. a. E.

[*q*] L. 32. pr. h. t. (16. 1.).

[*r*] S. vorhin §. 944. not. q.

[*s*] Heering de fideiussor. n. 473. Stryk de certiorat. iurium renunciandorum. c. 2. n. 5. sqq.

[*t*] Boehmer l. c. cap. 2. §. 19.

fentlichen Instrument zu geschehen [u]. B) Wenn sie bey der Intercession arglistig verfährt, wohin aber noch an sich nicht der Fall gehört, wenn sie, mit ihren Rechtswohlthaten bekannt, intercedirte [x]. C) Wenn sie bey einem Minderjährigen intercedirt, und dieser vom Hauptschuldner und dessen Bürgen keine Befriedigung erhalten kann. Denn dann wird der Minderjährige gegen das *SCt. Velleianum* restituirt, selbst wenn er gegen seine Vormünder einen Regreſs haben sollte [y]. D) Wenn die Intercession für die Freyheit, oder die Brautgabe geschah [z]. Der Grund ist aber nicht, wie Viele sagen, weil sie hier schenkt, sondern ein Privilegium. Denn die Gesetze machen nirgend Intercessionen, welche in der Absicht zu schenken geschahen, gültig, sondern erklären nur Schenkungen, welche keine Intercessionen sind, für wirksam [a]. E) Wenn sie ohne Wissen des Gläubigers intercedirt [b]. F) Wenn sie Erbinn des Hauptschuldners ward, und aus diesem Grunde eben so wirksam belangt werden kann, als aus der, als vollgültig behandelten Intercession [c]. G) Wenn sie für ihre Intercession entschädigt ist, oder dafür eine, der Gröſse der übernommenen Gefahr angemessene Belohnung erhalten hat [d]. H) Wenn die Intercession einer Groſsjährigen von derselben nach zwey Jahren wiederholt wird, welches dann die erste gültig macht [e]. Mehr Ausnahmen gibt es nicht [f].

[u] Denn Nov. 134. cap. 8. welche Manche hieher ziehen, verlangt ja nur zur Intercession ein öffentliches Instrument. Pufendorf T. 2. Obs 159. A. M. ist Huber L. 16. T. 1. §. 17.

[x] L. 2. §. 3. L. 30. pr. eod. vergl. mit Röslin S. 131—136. Weber v. d. nat. Verb. §. 74. not. 14. Suse §. 20. 51.

[y] L. 12. de minor. (4. 4.) vergl. mit L. 3. C. si tutor vel cur. (2. 25.). Abweichend ist Röslin S. 111 — 114.

[z] L. 24. 25. C. h. t. (4. 29.).

[a] L. 4. §. 1. L. 8. pr. L. 21. §. 1. h. t. (16. 1.). Huber l. c. §. 13. A. M. ist Weber Beytr. zu den Kl. 1. St. n. 3. not. 10.

[b] L. 11. 27. pr. D. L. 7. C. eod. vergl. mit L. 28. §. 1. D. L. 1. 17. 19. C. eod. Dem widerstreitet auch die, von Röslin S. 126 — 130. unrichtig erklärte L. 13. C. eod. nicht. Denn die Frau wollte da nicht intercediren, sondern sogleich etwas weggeben. Cocceii l. c. qu. 5. Weber a. a. O. 2. St. not. 3.

[c] Nachdem es ein beneficium inventarii gibt, muſs man L. 8. §. 13. h. t. (16. 1.) so einschränken.

[d] L. 2. L. 23. C. h. t. (4. 29.). Röslin S. 93. 94. 170.

[e] L. 22. C. eod. Röslin S. 145 — 162. A. M. ist Wernher lect. comm. L. 16. T. 1. §. 11.

[f] Röslin S. 103 — 108.

§. 948.

Justinians Aenderungen.

Justinian hat hierin folgendes geändert: 1) Nach *L.* 23. *C. de SCto Velleiano* (4. 29.) soll alles, was bis dahin Rechtens gewesen war, nur dann eintreten, wenn die weibliche Intercession in einem öffentlichen Instrument geschehen ist, den einzigen Fall, wenn die Intercedentinn eine Belohnung empfing, ausgenommen. Hieraus folgt nun: a) jede, selbst die ehemals gültige Intercession ist durchaus nichtig, wenn sie in keinem öffentlichen Instrument geschah, den einzigen, von Justinian ausgenommenen Fall abgerechnet [*g*]; doch sind die andern Rechtsmittel des gemeinen Rechts [*h*] dadurch gegen die Intercedentinn nicht ausgeschlossen [*i*]. Selbst der Minderjährige leidet unter jener Vorschrift [*k*]. b) Geschah die Intercession in einem öffentlichen Instrument, so bleibt es beym ältern Recht. Sie ist also in der Regel unwirksam, wenn die Einrede des *SCti Velleiani* vorgeschützt wird; gültig hingegen in den, vorhin ausgenommenen Fällen. 2) Vermöge Nov. 134. c. 8. woraus die *Auth. Si qua mulier C. l. c.* genommen ist, sollen alle Intercessionen der Ehefrauen für ihre Männer absolut ungültig seyn, den einzigen Fall abgerechnet, wenn sie den Nutzen davon haben. Aufser diesem Fall sind also alle, selbst die, für den Dritten gültigen Intercessionen, für den Ehemann nichtig [*l*], und selbst in dem ausgenommenen Fall nur dann gültig, wenn sie in einem öffentlichen Instrument geschehen [*m*]. Doch geht jene ganze Vorschrift nur auf die Intercession für den lebenden Ehemann [*n*]. Endlich 3) hat Justinian die Entsagung des *SCti Velleiani* vor Gericht für wirksam erklärt,

250—253. T. I. Reinhardt potissima capita invalidae mulierum intercess. pro efficaci perperam habitae. Erf. 1732. auch oben §. 946. not. g.

[*g*] Meine Gründe enthält §. 39.

[*h*] S. oben §. 944. not. u.

[*i*] Suse l. c. §. 44—46. Ueber die Ideen Andrer: Höpfner Comment. §. 838. not. 3.

[*k*] A. M. ist Suse l. c. §. 48.

[*l*] Suse l. c. §. 56—59. Abweichend sind wieder Viele mit Boehmer l. c. cap. 3. §. 6.

[*m*] Suse l. c. §. 47.

[*n*] Wernher lect. comm. L. 16. T. 1. §. 4. Ueber die Ideen Andrer: P. P. Wolfharth de intecressione viduae pro marito mortuo. C. L. Crell de intercessione pro debitore mortuo. Vit. 1754.

wenn Mutter und Grofsmutter die Vormundschaft ihrer Kinder übernehmen [o].

§. 949.

Heutiger Gebrauch.

Nach heutigem Recht gelten alle diese Grundsätze [p]; doch ist die weibliche Intercession aufserdem noch in folgenden Fällen gültig: 1) wenn dabey eidlich dem *SCto Velleiano* entsagt wird, wodurch denn auch zugleich die Berufung auf die *Auth. Si qua mulier*, ausgeschlossen ist [q]. Einer Belehrung bedarf es hier nicht [r]. 2) Wenn Weiber insofern intercediren, als sie zu einem Geschäft vom Staat auctorisirt sind [s]. Darum ist denn auch die Intercession einer regierenden Dame, aber auch nur insofern, als sie in der Eigenschaft einer Regentinn intercedirt, für gültig zu halten [t]. 3) Wenn die Ehefrau, welche in einer allgemeinen Gütergemeinschaft stand, für die, während der Ehe contrahirten Schulden, intercedirt [u].

§. 950.

3) Besondere Regel über subsidiarische Intercessionen. Ben. ordinis.

Die subsidiarischen Intercessionen (§. 940.) haben den gemeinschaftlichen Charakter, dafs der Intercedent nicht sofort unbedingt angegriffen werden kann; doch äufsert sich diefs auf verschiedene Art, nämlich A) bey dem Defensor dadurch, dafs er haften mufs, wenn der Principal den Procefs nicht genehmigt, sonst aber gar nicht. B) Bey der Pfandbestellung mufs man das Faustpfand von der Hypothek unterscheiden. In Rücksicht des ersten hat der Gläubiger gegen den Hauptschuldner zuvörderst die Formalien zu beobachten, wel-

[o] Nov. 118. cap. 5.

[p] Ueber die willkührlichen Ideen Andrer: Thomasius de exiguo usu SCti Velleiani in Germ. Hal. 1707. I. P. de Ludwig de different. iur. Rom. et German. in SCto Vell. exule. Hal. 1720. Röslin S. 216. fgg.

[q] A. M. ist Cocceii L. 16. T. 1. qu. 13.

[r] A. M. sind Boehmer l. c. cap. 2. §. 19. not. 11. Leyser Sp. 170. m. 3. Allein s. Cocceii l. c. qu. 12. Röslin S. 212.

[s] G. F. Deinlin de vera indole SCti Velleiani ad uxorem mercatricem pro marito intercedentem applicata. Alt. 1751. Schott jur. Wochenbl. 3. B. S. 535. fgg.

[t] Viele stellen den Satz unbedingt. Röslin §. 247 — 249.

[u] Stryk U. M. L. 16. T. 1. §. 4. 5.

che der Veräusserung vorhergehen müssen [x]; in Rücksicht des letzten hingegen ist der Verpfänder erst nach allen andern in Anspruch zu nehmen [y]. C) Der Bürge hat, so wie der Mandator, die Einrede der Vorausklage (*beneficium ordinis s. excussionis*), jedoch nur dann, wenn er derselben nicht speciell entsagte [z], und der Hauptschuldner nicht schwer auszuklagen, oder die Rechtsverfolgung gegen denselben ganz unmöglich ist [a]. Der blosse Concurs des Hauptschuldners schliesst aber den Bürgen an sich eben so wenig von dieser Einrede aus [b], als ein, dem Schuldner ertheiltes Moratorium [c], oder die eidliche Bestärkung der Bürgschaft [d]. Wer übrigens nach der Natur seines Versprechens nur subsidiarisch haftet, bedarf dieser Wohlthat natürlich gar nicht [e].

§. 951.

4) Ueber einzelne Arten. A) Bürgschaft.

Die Bürgschaft (§. 940.) zeichnet sich von den Intercessionen überhaupt, und den subsidiarischen insbesondere durch viele Eigenthümlichkeiten, sowohl in Betreff ihrer Form, als ihrer Wirkungen aus [f]. In der ersten Rücksicht hat sie das Besondere, A) dass sie in der Regel [g] zu ihrer Gültigkeit eine Stipulation erfo-

[x] S. oben §. 649. 650.

[y] Vergl. §. 664. a. E.

[z] Dahin gehört denn auch die Entsagung auf alle Einreden eines Bürgen. Mevius P. 9. Dec. 186. Voet L. 46. T. 1. §. 16. Pufendorf T. 2. Obs. 43. oder, wenn sich Jemand als Selbstschuldner verbürgt. Gail L. 2. Obs. 28. n. 6. Struben 1. B. 40. Bed.

[a] Nov. 4. cap. 1. Canz Diss. de beneficio ordinis. Sommer de fideiussor. benefic. ordin. non gaudentibus. Regim. 1715. I. L. Schmidt de fideiussore principaliter obligato. Ien. 1765. Voet l. c. §. 17—23.

[b] Müller ad Leyser Obs. 874. Dabelow v. Conc. d. Gläub. 2. Aufl. S. 535. not. g.

[c] Dabelow S. 175—177.

[d] Köchy Medit. 1. S. n. 27. In Ansehung der Bürgschaften für den Regenten, den Fiscus und Kaufleute machen auch noch eine Ausnahme Gail l. c. L. 2. Obs. 27. n 25. Lauterbach de benefic. excuss. §. 43.

[e] Ein Beyspiel gibt der, §. 952. a. E. erwähnte fideiussor indemnitatis. L. 1. 2. C. de conv. fisci debit. (10. 2.).

[f] S. überhaupt: A. Hering Tr. de fideiussor. Col. 1724. W. A. Lauterbach D. de eod. arg. L. Schmid de fideiussore plane non obligato. Ien. 1768. Idem de fideiussore principaliter obligato. Ien. 1767.

[g] Eine Ausnahme enthält L. 4. §. 3. de fideiuss. et nomin. (27. 7.).

dert [h], und dafs dann auch die, zur Stipulation unfähigen Personen davon ausgeschlossen sind [i]. Jetzt ist natürlich ein einfacher Vertrag hinreichend. Aufserdem sind B) gewisse Personen, auch wenn sie tüchtige Bürgen [k] sollten seyn können, von der Bürgschaft ausgeschlossen, nämlich Soldaten [l] und Geistliche in öffentlichen Schuldsachen [m], welches Letzte jedoch die Mehrsten als aufgehoben ansehen [n]. C) Die Verbürgung kann für jede Schuld geschehen [o], ist aber ungültig, wenn sie für eine aufgehobene Verbindlichkeit geschah [p]; doch gilt sie, wenn sie wissentlich für eine, nur zum Vortheil des Hauptschuldners vernichtete Verbindlichkeit geschlossen ward [q]. Singulär ist es, dafs die Frau von dem Mann wegen ihres Eingebrachten keine Bürgen annehmen darf [r]. D) Der Zweck der Bürgschaft ist Sicherheit. Darum darf denn auch, wenn gleich der Bürge sich kräftiger, als der Hauptschuldner, verpflichten kann, das Object der Hauptschuld nicht geändert, und kein Bürge zugelassen werden, wo nur allein der Schuldner Genüge zu leisten im Stande ist [s]. Defswegen ist denn auch die ganze Bürgschaft nichtig, wenn der Bürge früher, eine bedingte Schuld unbedingt, an einem andern Ort, oder ein anderes Object zu zahlen verspricht [t]. Aus eben der Ursache ist die ganze Bürgschaft nichtig, wenn sie auf eine gröfsere Summe gerichtet ward [u]; doch sieht man sie jetzt bis auf die concurrente Summe als

[h] L. 12. C. h. t. (8. 41.).

[i] §. 7. I. h. t. (3. 21.).

[k] Was ein tüchtiger Bürge sey, erläutert L. 3. h. t. (46. 1.) L. 234. §. 1. de V. S. (50. 16.).

[l] L. 8. §. 1. qui satisd. cog. (2. 8.).

[m] Nov. 123. c. 6.

[n] Höpfner Comm. §. 838.

[o] §. 1. I. h. t. (3. 21.) L. 8. §. 1. L. 16. §. 3. D. eod. (46. 1.).

[p] L. 6. de V. S. (50. 16.).

[q] L. 25. h. t. (46. 1.) L. 95. §. 3. de solut. (46. 3.) L. 13. pr. de minor. (4. 4.). Weber v. der nat. Verbindl. §. 112—117.

[r] L. 2. C. ne fideiussor. dot. dentur (5. 20.).

[s] L. 1. L. 2. pr. §. 1. L. 3. L. 4. de custodia reorum (48. 3.) L. 8. §. 5. L. 56. §. ult. L. 70. §. ult. h. t. (46. 1.) L. 26. D. de poenis (48. 19.) L. 22. C. eod. (9. 47.).

[t] §. 5. I. h. t. (3. 21.) L. 42. eod. (46. 1.).

[u] L. 8. §. 7. eod. Averan. int. L. 2. c. 3. F. C. Conradi de fideiussore in maiorem summam, quam quae debetur, adhibito. Helmst. 1724. Gmelin und Elsässer gemeinnützige jur. Beob. 3. B. 6. St. Glück Comm. 13. B. §. 851. not. 28.

gültig an [*x*]. Auf weniger kann sich natürlich der Bürge stets verpflichten [*y*].

§. 952.

Pflichten des Bürgen.

Aus der Bürgschaft entspringen folgende Rechtsverhältnisse; 1) der Bürge und dessen Erbe ist verpflichtet, und zwar von mehreren jeder *in solidum*, auch subsidiarisch weiter der Bürge des Bürgen (Rückbürge, *fideiussor succedaneus*) [*z*], in Gemäſsheit der Bürgschaft zu zahlen, und auch für die, durch den Verzug des Hauptschuldners bewirkte Perpetuirung der Verbindlichkeit zu haften [*a*]. Was er im Uebrigen genau zu leisten hat, ist aus der Fassung des Vertrages zu entscheiden. Hat er sich z. B. schlechthin für die Schuld verbürgt, so haftet er zugleich für die versprochenen, und die Verzugszinsen, nicht aber, wenn er nur für das Capital gut sagte, wiewohl er natürlich wegen seines eigenen Verzugs Zinsen erlegen muſs [*b*]. Verbürgte er sich dagegen auf eine gewisse Zeit, oder für die, in einer gewissen Zeit entstehenden Schulden; so kann er in jenem Fall nicht nach der genannten Zeit [*c*], im letzten Fall aber zwar immer, jedoch nur wegen der, in der genannten Zeit contrahirten Schulden belangt werden [*d*]. Versprach er endlich, nur wegen dessen, was nicht vom Hauptschuldner zu erhalten sey, haften zu wollen (*fideiussor indemnitatis*): so kann ihn der Gläubiger nur subsidiarisch wegen dessen, was vom Schuldner nicht zu erhalten war, angreifen [*e*].

§. 953.

Rechte desselben.

Der Bürge hat aber auch dagegen 2) mancherley Rechte, und Rechtswohlthaten. Er

[*x*] Arg. L. 11. §. 1. de const. pec. (13. 5.). Voet L. 46. T. 1. §. 4.

[*y*] §. 5. I. h. t. (3. 21.).

[*z*] §. 4. I. h. t. (3. 21.) L. 8. §. ult. L. 27. §. 2. h. t. (46. 1.) L. 3. C. eod. (8. 41.).

[*a*] L. 58. §. 1. h. t. (46. 1.) L. 91. §. 4. de V. O. (45. 1.).

[*b*] L. 54. pr. locati (19. 2.) L. 55. §. 2. L. 68. §. 1. h. t. (46. 1.). Müller ad Leyser Obs. 871.

[*c*] L. 7. C. de locato (4. 65.) L. 10. C. mandat. (4. 35.).

[*d*] Pufendorf T. 2. Obs. 42.

[*e*] Lauterbach coll. L. 46. T. 1. §. 6—8. Idem de fideiussore indemnitatis. Tub. 1655. C. Thomasius de eod. arg. Hal. 1703.

kann nämlich A) gegen den Schuldner a) auf die angegebene Art (§. 943.) seinen Regreſs nach geschehener Zahlung nehmen. Der Zahlung wird es gleichgesetzt, wenn der Gläubiger dem Bürgen seine Schuld durch ein Geschenk erlassen hat [*f*], oder der Bürge zur Zahlung verurtheilt ist [*g*]. Auſserdem kann er b) vor der Zahlung gegen den Schuldner darauf dringen, daſs dieser ihn von der Bürgschaft befreye, wenn er dieselbe als Stellvertreter des Schuldners übernahm [*h*], wenn dieser anfängt unsicher zu werden [*i*], oder lange mit der Zahlung zaudert [*k*]. B) Gegen den Gläubiger hat er, auſser dem, bereits erwähnten *beneficio excussionis* (§. 950.) folgende Rechte: a) er kann sich im Zweifel mit allen Einreden des Hauptschuldners decken [*l*], ausgenommen wenn die Einreden dem Schuldner bloſs für sich gegeben wurden [*m*], oder der Bürge als Schenker intercedirte [*n*]. Ferner b) kann er den Gläubiger zum Klagen gegen den Schuldner provociren [*o*]. Endlich c) haben mehrere Bürgen, welche nach der Strenge als *correi* haften, die Einrede der Theilung (§. 227.), jedoch nur unter den Beschränkungen, welche in Rücksicht der *exceptio ordinis* gelten [*p*]. Auſserdem fällt die Einrede der Theilung weg: bey Bürgen eines Vormunds [*q*], so wie, wenn der Bürge arglistig die Verbürgung läugnet [*r*].

§. 954.

B) Constitutum debiti alieni.

Das *constitutum debiti alieni* (§. 940.), welches, als prätorisches *pactum*

[*f*] L. 10. §. 13. mandat. (17. 1.).

[*g*] Cap. ult. X. h. t. (3. 23.).

[*h*] L. 6. de contrar. tutel. act. (27. 4.). Ueberh. C. Thomasius de actione fideiussoris contra debitorem, antequam solvit, ad L. 38. §. 1. mandati.

[*i*] L. 38. §. 1. mandati (17. 1.) L. 10. C. eod. (4. 35.).

[*k*] L. 38. §. 1. cit. cap. ult. X. h. t. (3. 23.).

[*l*] L. 19. de except. (44. 1.).

[*m*] L. 7. eod. L. 24. de re iudic. (42. 1.).

[*n*] L. 9. §. 3. ad SCt. Maced. (14. 6.). Weber v. d. nat. Verb. §. 112. fgg.

[*o*] S. unten §. 1215. 1216.

[*p*] L. 26. L. 51. §. 1. pen. h. t. (46. 1.). I. A. Cleemann super epistola D. Hadriani de divis. oblig. plur. fideiussor. Lips. 1771. Voet L. 46. T. 1. §. 21—26.

[*q*] L. ult. rem pup. salv. fore (46. 6.).

[*r*] L. 10. §. 1. h. t. (46. 1.).

(§. 166.), keiner Form bedarf [s], und, sofern es den allgemeinen Begriffen über die Intercessionen gemäfs ist [t], die *actio de constituta pecunia* erzeugt [u], ist nicht, wie die Bürgschaft, auf den engen Begriff der Sicherheit beschränkt, wiewohl im Zweifel die Bedingungen der Hauptschuld darauf übertragen werden [x]. Man kann hier daher das Object, den Gläubiger, die Bedingungen, und die Zeit und den Ort der Zahlung ändern [y]; doch erfodert der Begriff der Intercession, dafs das Object nicht vergröfsert werde. Geschieht diefs, so ist das Constitutum nur bis auf die concurrente Summe gültig [z]. Wegen dieser innern Verschiedenheiten der Bürgschaft und des Constituti ist denn auch noch jetzt das letzte als ein, von der ersten wesentlich verschiedener Vertrag zu behandeln [a]. Mehrere Constituenten haften als *correi*, jedoch unter Vorbehalt der Einrede der Theilung [b].

§. 955.

IV) Pactum reservati dominii et hypothecae.

Am häufigsten beym Verkauf, aber auch bey andern Verträgen denkbar, ist IV) der Vorbehalt des Eigenthums (*pactum reservati dominii*), und der Vorbehalt einer Hypothek (*pactum reservatae hypothecae*) bis dahin, dafs der Empfänger seine Verbindlichkeiten erfüllt habe. Der letzte Nebenvertrag ertheilt bald ein simples, bald ein qualificirtes Pfandrecht [c]; der erste hingegen suspendirt die Erwerbung des Eigenthums nicht, sondern ist seinem Geist nach ein Resolutiv-Vertrag, wodurch der Rückfall des Eigenthums auf den Fall verabredet wird, dafs der Empfänger insolvent werden sollte [d]. Darum

[s] L. 14. §. ult. de constit. pec. (13. 5.).

[t] L. 5. §. 2. L. 11. pr. L. 18. §. 1. L. ult. eod.

[u] L. 2. eod.

[x] L. 3. §. ult. L. 4. L. 19. eod.

[y] L. 1. pr. §. 5. 8. L. 5. §. 2. eod.

[z] L. 11. eod.

[a] Die irrigen Ideen bey Hellfeld iur. for. 852. u. A. widerlegt: Koch de constit. debiti alieni. §. 16.

[b] L. ult. C. h. t. (4. 18.).

[c] S. oben §. 655.

[d] I. N. Hert de reservato dominio (op. V. 2. T. 3.). Sect. 1. §. 7. 13. 14. 15. A. F. Goessel de vi reserv. dom. et hyp. in re vend. moto conc. cred. sese inprimis exserente. Col. 1793. Abweichende Ideen haben

schadet denn auch dem letzten der zufällige Untergang der Sache [e].

§. 956.

V) Pactum protimiseos. Nur beym Kauf den Worten nach, aber auch im Wesentlichen bey andern Geschäften denkbar, ist V) die Nebenberedung des Vorkaufs (*pactum protimiseos*) [f]. Der, zu dessen Vortheil dieser Vertrag geschlossen wird, erhält dadurch das Recht, auf den Fall, dafs der Andre die Sache verkaufen sollte, vor dem dritten Käufer einen Vorzug zu verlangen, wenn er alles erfüllt, wozu sich dieser erboten hat. Es entspringt aber aus diesem Vertrage nur ein persönliches Recht, welches nach der Uebergabe an den Dritten zur Verfolgung der Sache nicht geltend gemacht werden kann [g], ausgenommen wenn der, welcher sich den Vorkauf ausbedung, sich auf jenen Fall eine Hypothek geben liefs, oder bey Uebertragung der Sache zu seiner Sicherheit das *pactum de non alienando*, oder *reservati dominii* hinzufügte [h]. Uebrigens kann diefs Vorkaufs-Recht auch auf testamentarischen Dispositionen (*ius protimiseos testamentarium*), oder andern Gründen (*ius prot. legale*) beruhen. Beyspiele des letzten sind das Vorkaufsrecht des Herrn der Emphyteusis [i], und der Creditoren und Cognaten im Concurse [k], so wie auf Auctionen dessen, welcher früher so viel bietet, als nach ihm ein Andrer [l]. Das Deutsche Institut des Retracts, vermöge dessen eine verkaufte Sache, selbst nach der Uebergabe, retrahirt werden kann, ist hier zu übergehen.

I. F. W. Schneider de validit. et effectu reservat. domin. Goett. 1753. Bolley v. öffentlichen Unterpfändern §. 50. 51.

[e] Lauterbach tr. de peric. et comm. 1. v. §. 16. Gmelin de iure pignoris quod quis in re sibi non propria, §. 31. A. M. sind Carpzov L. 1. Resp. 108. n. 15. fgg.

[f] Lauterbach coll. L. 19. T. 2. §. 13. Ueberhaupt: G. G. Madihn de iure protimiseos, eiusque a retractu discrimine. Hal. 1758.

[g] Wernher P. 2. Obs. 382.

[h] S. oben §. 584 955.

[i] S. oben §. 632.

[k] L. 16. de reb. auct. iud. (42. 5.) vergl. mit L. 14 C. de contr. emt (4. 38.). Westphal vom Kauf §. 29.

[l] L. 4 C. de fide et iure hastae fiscalis (10. 3.). Carpzov P. 1. Const. 32. Def. 4.

§. 957.

VI) Pactum de retrovendendo et retroemendo.

Sehr häufig bey dem Kauf-Contract ist gleichfalls VI) die Ausbedingung des Wiederkaufs (*pactum de retrovendendo*), wodurch sich der Verkäufer bedingt, dafs der Käufer ihm auf Verlangen die Sache zurückverkaufen solle [*m*]. An sich entsteht aus diesem Vertrage nur ein persönliches Recht gegen den Käufer [*n*]; doch kann die Sache auch von dem Dritten abgefodert werden, wenn der Verkäufer sich auf die, vorhin (§. 956.) angegebene Art gedeckt, oder diesen Nebenvertrag so geschlossen hat, dafs das Anbieten zum Wiederkauf den ersten Handel rückwärts vernichten solle [*o*]. Was die Leistungen im Fall des Wiederverkaufs betrifft, so bemerke man: 1) der Käufer mufs die Sache mit allem Zubehör herausgeben; doch pflegt man die hängenden Früchte zwischen ihm, und dem Wiederkäufer zu theilen [*p*]. 2) Der Wiederkäufer mufs dagegen den Kaufpreis erlegen. Ist darüber etwas festgesetzt, so bleibt es dabey; sonst aber ist er im Zweifel nur zur Restitution des empfangenen Preises verpflichtet [*q*]. 3) Wird die Sache gegen einen, zur Zeit des Wiederverkaufs auszumittelnden Preis zurückverkauft, so kann über die, vom Käufer gemachten Verwendungen keine Schwierigkeit stattfinden, weil sie bey der Taxation mit in Anschlag gebracht werden. Geschieht aber der Wiederverkauf gegen einen, vorher bestimmten Preis, oder gegen Rückgabe des Empfangenen, so mufs man unterscheiden: a) für die Auslagen, welche der Käufer wegen seiner Versehen machen mufste, erhält er eben so wenig Vergütung, als für diejenigen, welche

[*m*] L. 12. de praescr. verb. (19. 5.) L. 2. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.). Schilter de iure retrovend. (append. ad prax. anal.). C. Thomasius Disp. de usu pract. distinct. inter emt. cum pacto de retrovend. et contract. pignorat. Hal. 1707. I. E. Martini de pacto retrovendit. Vit. 1711.

[*n*] A. M. ist Claproth v. Eingeh. d. Vertr. 2. Thl. §. 278. 285. Allein s. L. 2. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.). Höpfner Comm. §. 873. not. 3.

[*o*] Emminghaus ad Cocceii L. 18. T. 1. qu. 36.

[*p*] Cocceii eod. qu. 43.

[*q*] Pufendorf T. 2. Obs. 75. Danz Handb. d. D. Priv. R. 2. Thl. §. 202. Cocceii l. c. qu. 40. A. M. sind Leyser Sp. 191. m. 9. Müller ad Leyser Obs. 393. Wernher lect. comm. L. 18. T. 1. §. 54.

für die Früchte aufgewandt, und durch diese vergütet sind; dagegen muſs ihm aber b) der Wiederkäufer alle, zur Erhaltung der Sache aufgewandten nothwendigen, und alle nützlichen Auslagen, insoweit sie es noch sind, erstatten [*r*]. Uebrigens kann es auch umgekehrt dem Verkäufer zur Pflicht gemacht werden, die Sache wieder zu kaufen. Dann muſs man den Vertrag *pactum de retroemendo* nennen [*s*].

§. 958.

VII) Addictio in diem.

Wird VII) durch einen Nebenvertrag ausgemacht, daſs der, welcher dem Andern eine Sache überlassen hat, von dem Geschäft wieder abgehen dürfe, wenn ein Anderer die Sache unter bessern Bedingungen annehmen wolle, so heiſst dieſs *addictio in diem* [*t*]. Dieser Vertrag, welcher bey Auctionen bis zum letzten Zuschlage stets subintelligirt wird [*u*], kann sowohl suspensiv, als resolutiv hinzugefügt werden [*x*]; doch streitet für das Letzte die Vermuthung [*y*]. Die Wirkungen desselben bestehen in folgendem: 1) wenn zur gehörigen Zeit [*z*] ein Andrer ein besseres Gebot thut, so kann der Veräuſsernde von dem Geschäft abgehen; doch müssen mehrere dazu vereint einwilligen [*a*]. Alles, was auf irgend eine Art mehr Vortheile darbietet, ist als besseres Gebot anzusehen [*b*], nicht aber, wenn eine gleiche Summe geboten wird, und der Veräuſsernde nun, wenn er das Gebot annähme, die Früchte gewinnen würde [*c*]. 2) Wird

[*r*] Müller ad Leyser Obs. 594. Eine andre Theorie hat Leyser Sp. 191. m. 12. 13. 14. 15. 16. wieder eine andre Wernher l. c. §. 34. und noch eine andre Nettelbladt D. de expensar. et pret. rest. in retrovend. Hal. 1776. (Exerc. acad. n. 27.).

[*s*] Müller l. c. Obs. 591.

[*t*] Tit. P. de addict. in diem (18. 2.). W. A. Lauterbach de addict. in diem. F. M. Kopf de eod. arg. Arg. 1740.

[*u*] L. 4. C. de fide et iure hastae fisc. (10. 3.) L. 1. C. de vendend. reb. civit. (11. 31.).

[*x*] L. 2. pr. L. 4. §. 5. h. t. (18. 2.).

[*y*] L. 2. §. 4. pro emtore (41. 4.).

[*z*] Ist etwas darüber verabredet, so entscheidet sich alles von selbst; wo nicht, so muſs die Sache aus den Grundsätzen über die Verjährung der Klagen (§. 1034.) entschieden werden.

[*a*] L. 11. §. 1. L. 13. h. t. (18. 2.).

[*b*] L. 4. §. 6. L. 5. L. 14. §. 3. eod. Cocceii eod. qu. 8.

[*c*] L. 14. in f. eod.

von dem Vertrage Gebrauch gemacht, so kann die Sache mit allen, bis dahin gezogenen Nutzungen zurückgefodert werden [*d*]. Eine gleiche Verpflichtung liegt aber auch dem Zurückfodernden ob, wenn er etwas empfing [*e*]. Ist die Sache in die dritte Hand veräuſsert, so kann sie, wenn der Vertrag als Suspensiv-Bedingung hinzugefügt ward, schlechthin von dem Dritten vindicirt werden, sonst aber nur dann, wenn die Resolutiv-Bedingung so hinzugefügt war, daſs ihre Existenz das Geschäft rückwärts vernichten solle [*f*]. 3) Es hängt, im Verhältniſs zu dem andern Contrahenten [*g*], lediglich von der Willkühr dessen, welcher den Vertrag zu seinem Vortheil schloſs, ab, ob er das bessere Gebot annehmen will [*h*], welches denn auch bey Auctionen stattfindet [*i*]. Dagegen kann aber auch der andre den Vorzug verlangen, wenn er eben das leisten will, was ein Andrer nach ihm bietet [*k*]. Fürchtet er, daſs wegen der, angeblich angetragenen besseren Bedingungen ein Betrug stattfinde, so kann er die Wahrheit auch durch den Eidesantrag herauszubringen suchen [*l*].

§. 959.

VIII) Lex commissoria.

Nicht bloſs beym Kauf, sondern auch bey andern Verträgen, kann VIII) das sogenannte *pactum commissorium* [*m*], oder die *lex commissoria* [*n*] hinzugefügt werden; doch

[*d*] L. 4. pr. L. 6. pr. eod. Westphal v. Kauf §. 718. 719. 743. Wernher lect. comm. L. 18. T. 2. §. 8. Das periculum interitus trägt natürlich bey der suspensiva der Verkäufer, bey der resolutiva der Käufer. L. 2. §. 1. eod. Behrens de peric. et comm. rei sub addict. in diem vend. Kil. 1793.

[*e*] L. 29. §. 2. de aedil. edict. (21. 1.). Behrens l. c. §. 27.

[*f*] L. 41. pr. de R. V. (6. 1.) L. ult. de lege commissoria (18. 3.). Averanius int. L. 1. c. 10. n. 50. Emminghaus ad Coccei i L. 18. T. 2. qu. 7.

[*g*] Denn einem Dritten kann man wohl verpflichtet seyn, hier dessen Bestes wahrzunehmen. L. 10. h. t. (18. 2.).

[*h*] L. 9. eod.

[*i*] Wernher lect. comm. eod. §. 5. A. M. ist Stryk U. M. eod. §. 4.

[*k*] L. 8. eod.

[*l*] Hellfeld iur. for. §. 1003.

[*m*] I. Maestertius de lege commissoria. Lugd. B. 1693. I. H. Felz de eod. argum. Arg. 1709. H. Hildebrand de lege comm. vend. adiecta. Alt. 1716.

[*n*] Ueber den Ursprung des Ausdrucks: lex commissoria, s. Donell comm. L. 16. c. 19. und über die Unschicklichkeit

haben die Gesetze die Grundsätze desselben nur in Rücksicht des Pfand- und Kaufcontracts entwickelt. Man versteht darunter im Allgemeinen einen Vertrag, wodurch ausgemacht wird, daſs ein Contrahent etwas verwirken wolle, wenn er binnen der gehörigen Zeit seinen Obliegenheiten nicht nachkomme; und beym Kauf insbesondere den Nebenvertrag, durch welchen ausgemacht wird, daſs der Käufer seine Rechte aus dem Geschäft verwirkt haben wolle, wenn er nicht zur gehörigen Zeit den Kaufpreis abtrage. Da von diesem Geschäft in Beziehung auf den Pfand-Contract schon oben (§. 649.) gehandelt ist: so sind nur noch in Rücksicht des Kaufs folgende Grundsätze darüber aufzustellen: 1) der Vertrag ist im Zweifel resolutiv; doch kann man ihn auch suspensiv schlieſsen [*o*]. Niemals wird er aber vermuthet [*p*]. 2) Sobald der Käufer, ohne Schuld des Verkäufers [*q*], säumig ist, kann der letzte, wenn er will [*r*], den Handel aufheben, oder diesem Recht entsagen, welches Letzte auch stillschweigend durch Annahme des Preises [*s*], oder Einfoderung desselben, diese sey gerichtlich, oder auſsergerichtlich, geschehen kann [*t*]. Vor der Erklärung ist dem Käufer die *purgatio morae* zwar erlaubt, aber nur insoweit es allgemeine Grundsätze (§. 104.) gestatten [*u*]; doch stellt ihn eine theilweise Zahlung nicht sicher, selbst wenn er fast alles abtragen sollte [*x*]. 3) Um zu bestimmen, ob der Käufer säumig sey, muſs man darauf sehen, ob die Zahlungszeit ausgemacht ist, oder nicht. Im letzten Fall muſs der Richter nach der Billigkeit eine Frist setzen [*y*]. 4) Wird das Geschäft aufgerufen, so muſs

des, selbst in cap. 7. X. de pignor. (3. 21.) vorkommenden Ausdrucks: pactum legis commissoriae: Faber err. pragm. Dec. 21. E. 1.

[*o*] L. 1. h. t. (18. 3.) L. 38. §. ult. ad Leg. Falc. (35. 2.). Voet L. 18. T. 3. §. 1. Westphal vom Kauf §. 691.

[*p*] A. M. ist in Betreff der Subhastationen C. L. Crell de lege commissoria tacita in subhastationibus. Vit. 1746.

[*q*] L. 4. §. 1. 4. L. 8. h. t. (18. 3.).

[*r*] L. 1. 2. 3. eod.

[*s*] L. 4. §. 2. L. 6. §. 2. eod.

[*t*] L. 7. eod. L. 4. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.). A. M. ist in Betreff der auſsergerichtlichen Einfoderung Stryk L. 18. T. 3. §. 8.

[*u*] Ueber die Ideen Andrer: Leyser Sp. 197. m. 4. Boehmer ius D. L. 18. T. 3. §. 6. Cocceii eod. qu. 6.

[*x*] Vermöge §. 104. A. M. sind Leyser Sp. 197. cor. 4. Medit. über versch. R. M. 3. B. n. 140.

[*y*] L. 2. L. 4. pr. h. t. (18. 3.). Struv Exerc. 23. §. 28.

der Käufer die Sache mit allen Accessionen und gezogenen Früchten restituiren [z]; auch verliert er das Handgeld (§. 144.), nicht aber den vorausbezahlten Theil des Preises, ausgenommen wenn der Verlust desselben zur Bedingung gemacht ward [a], in welchem letzten Fall jedoch die genossenen Früchte nicht von ihm gefodert werden können [b]. In Betreff der Frage: ob der Verkäufer die Sache selbst vom dritten Besitzer vindiciren könne? gelten hier wieder die, in Betreff der *addictio in diem* aufgestellten Unterscheidungen [c]. Hat sich übrigens der Verkäufer auf die eine, oder andre Art erklärt, so bleibt es dabey [d].

§. 960.

IX) Pactum displicentiae.

Ein, bey allen Geschäften denkbarer Nebenvertrag ist endlich noch IX) das sogenannte *pactum displicentiae* (Reukauf), wenn einer der Contrahenten sich ausbedingt, von dem Vertrage wieder abgehen zu dürfen. Die Reue hebt hier dann das Geschäft als Resolutiv-Bedingung auf [e].

Zweyte Abtheilung.

Ueber Verbrechen.

§. 961.

I) Allgemeine Rechtsmittel.

Da die allgemeinen Begriffe über Verbrechen, und die daraus entspringenden Wirkungen und Klagen bereits oben [f] vorgetragen sind: so kommt es hier nur noch auf eine Darstellung der einzelnen Rechtsmittel an, welche das Rö-

[z] L. 4. pr. §. 1. L. 5. L. 6. eod.

[a] L. 6. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.) L. 4. §. 1. L. 6. pr. h. t. (18. 3.). Voet L. 18. T. 3. §. 3. Pufendorf T. 1. Obs. 59. Westphal a. a. O. §. 709—712. Abweichend sind: G. S. Madihn de effectu legis comm. parte pretii soluta. Hal. 1755. Stryk l. c. §. 5. Müller ad Leyser Obs. 415.

[b] L. 4. §. 1. eod.

[c] L. 6. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) L. 3. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.).

[d] L. 4. §. 2. h. t. (18. 3.).

[e] L. 3. de contr. emt. (18. 1.).

[f] Vergl. §. 63—68. 254. 275. S. auch noch überhaupt: G. A. Kleinschrod doctr. de reparatione damni delicto dati ex natura rei iureque positivo deducta, et ad omnes criminum classes applicata. Wirceb. 1798.

mische Recht für die verschiedenen Fälle gestattet. Alles kann hier inzwischen nicht erschöpft werden, da vieles schicklicher ins Criminal-Recht gezogen, und dort mit erörtert wird.

§. 962.

Actio L. Aquiliae; in factum.

Das allgemeine Rechtsmittel, welches das Römische Recht wegen positiver Beschädigungen gestattet, ist die *actio legis Aquiliae* [g]; doch kann diese Klage nicht immer direct angestellt werden. Man unterscheide: I) Der Verletzte klagt als Eigenthümer. Ist dann 1) der Schaden durch den Körper des Beschädigenden, oder ein, durch denselben dirigirtes Instrument, und zwar an einem Körper mittelst einer Verletzung, oder Vernichtung geschehen: so wird die *actio directa legis Aquiliae* angestellt [h], und zwar A) aus dem ersten Capitel, wenn ein Sklav, oder ein vierfüſsiges Thier, welches in Heerden gehalten zu werden pflegt [i], auf jene Art getödtet [k], hingegen B) aus dem dritten Capitel [l], wenn auf jene Weise ein Sklav, oder ein vierfüſsiges Thier jener Art verwundet, oder eine andre Sache verletzt, oder vernichtet ist [m]. Geschah 2) der Schaden an einem Körper, aber nicht durch einen Körper, so ist die *actio utilis legis Aquiliae*, welche auch wohl *actio in factum* genannt wird [n], anzustellen [o]. Ward endlich 3) nicht einmal die Sache verletzt, aber doch in Rücksicht derselben der Eigenthümer

[g] L. 13. §. 2. de usufr. (7. 1.) L. 8. pr. L. 27. §. 9. L. 41. §. 1. L. 45. pr. ad L. Aquil. (9. 2.). S. überhaupt F. Balduinus ad leg. Aquiliam; c. praef. Gundlingii. Hal. 1730. (auch in Heineccii iurispr. Rom. et Att. T. 1.). I. S. de Mendoza Comm. ad leg. Aquiliam (Meermann Thes. T. 2.). G. Noodt ad leg. Aquil. (oper. T. 1.). v. Löhr Theorie der Culpa. S. 81—132.

[h] §. 16. I. h. t. (4. 3.) L. 11. §. 5. h. t. (9. 2.).

[i] §. 1. I. h. t. (4. 3.) L. 2. §. 2. eod. (9. 2.). Hotomann Obs. L. 7. c. 12. Noodt l. c. cap. 2. Hugo Civ. Mag. 1. B. S. 272—275. Abweichend ist Bynkershoek Obs. L. 4. c. 18.

[k] L. 2. §. 2. L. 7. §. 1. 2. eod. §. 1. I. h. t. (4. 3.).

[l] Ueber den Inhalt des zweyten streitet man: C. Chifletius de secundo capite leg. Aquiliae (Otto Thes. T. 5.). I. H. Mylius de tribus legis Aquil. capitibus. (Hinter Theophili paraphras. ed. Reitz.) Bynkershoek Obs. L. 1. c. 15.

[m] L. 27. §. 5. eod.

[n] L. 7. §. 3. L. 9. eod. Vinnius ad I. L. 4. T. 3. §. ult.

[o] §. 16. I. h. t. (4. 3.).

in Schaden gebracht, so findet die *actio in factum* statt [*p*]. II) Klagt ein Nichteigenthümer, so muſs sich derselbe stets der *actio utilis legis Aquiliae*, oder *in factum* bedienen [*q*].

§. 963.

Unterschiede. Zwischen diesen Klagen fanden bey den Römern mehrere wichtige Unterschiede statt. Die *actio directa* und *utilis ex lege Aquilia* war eine Pönal-Klage, und ging gegen jeden einzelnen Thäter *in solidum*, aber nicht gegen die unbereicherten Erben [*r*]. Klagte man aus dem ersten Capitel, so erhielt man den höchsten Preis, welchen die Sache im letzten Jahre [*s*], klagte man aus dem dritten Capitel, so durfte man nur den höchsten Preis fodern, den die Sache im letzten Monat gehabt hatte [*t*]. Im Fall des arglistigen Läugnens fand eine Klage auf das Doppelte statt [*u*]. Die *actio in factum* war dagegen eine reine *actio rei persecutoria*, welche aber, als aus einer unerlaubten Handlung entstehend, auch nur wider die bereicherten Erben ging [*x*]. Nach unsern jetzigen Begriffen nehmen die *actio directa* und *utilis legis Aquiliae* ganz die Natur der *actio in factum* an [*y*], und es sollen daher in dem Folgenden, um Worte zu sparen, unter dem Ausdruck: *actio legis Aquiliae*, alle vorhin genannten Klagen begriffen werden.

§. 964.

Allgemeine Regeln. Die Natur der *actio legis Aquiliae* charakterisiren folgende Sätze: A) Sie kann von jedem angestellt werden, welcher ein Interesse dabey hat, also auch von denen, welche unter der Vernichtung oder Verletzung der Sache eines Andern leiden [*z*], aber auch nur insoweit, als ihnen wirklich dadurch geschadet ist [*a*]. Eben dieſs findet denn auch statt, wenn

[*p*] §. 16. I. cit.

[*q*] L. 11. §. 8. 10. L. 13. pr. L. 17. L. 30. §. 1. eod.

[*r*] §. 9. I. h. t. (9. 2.) L. 12. L. 23. §. 8. h. t. (9. 2.) L. 5. C. eod. (3. 35.).

[*s*] L. 23. §. 6. D. eod.

[*t*] L. 27. §. 5. eod.

[*u*] §. 26. I. de act. (4. 6.).

[*x*] S. oben §. 68.

[*y*] Vergl. Stryk L. 9. T. 2. §. 5. Emminghaus ad Cocceii eod. qu. ult. Pufendorf T. 4. Obs. 95. Glück Comm. §. 705.

[*z*] L. 11. §. 8. 10. L. 12. L. 17. h. t. (9. 2.) L. 27. §. 14. 25. eod. Schöman Handb. 1. B. S. 213 —232. Glück Comm. §. 704.

[*a*] Daher kann der Commodatar hier wegen der Sache nur

eine Person dadurch in Schaden gebracht ist, dafs eine andre verletzt, oder getödtet ward [b]. B) Es kann dadurch nur Ersetzung eines schätzbaren Schadens gefodert werden, also z. B. wenn ein Mensch verwundet ist, Arztlohn, Vergütung der Versäumnifs u. s. w., nicht aber Schmerzengeld, oder Vergütung der verlornen Schönheit [c]. Die Praxis gestattet jedoch Ansprüche auf Schmerzengelder [d], und sollte es dann auch, um consequent zu bleiben, gestatten, dafs jeder seine verlorene Schönheit in Anschlag bringe [e]. C) Die *actio legis Aquiliae* darf auch wegen eines durch positive Handlungen verursachten Schadens angestellt werden, dessen Erstattung durch eine Contracts-Klage gefodert werden kann [f], und zwar war es bey den Römern erlaubt, die verschiedenen Klagen successiv anzustellen, wenn man in Rücksicht des Objects durch die letzte noch mehr erhalten konnte, als durch die erste [g]. Jetzt fällt diefs weg, weil alle Rechtsmittel nur auf reinen Schadensersatz gehen. Uebrigens kann die *actio legis Aquiliae* gegen einen Contrahenten nur dann angestellt werden, wenn er einen solchen Grad des Vergehens beging, wegen dessen er überhaupt nach der Natur des Contracts belangt werden darf [h].

insofern klagen, als er, wegen seiner Nachlässigkeit dem Commodanten für den Schaden verantwortlich ist. L. 11. §. 9. eod. verglichen mit L. 41. locati (19. 2.). Voet L. 9. T. 2. §. 10. Cocceii eod. qu. 7. Noodt l. c. cap. 11.

[b] L. 5. §. ult. L. 6. L. 7. h. t. (9. 2.) L. 13. §. 4. Locati (19. 2.). Noodt l. c. cap. 2. Auch die Frau und Kinder rechnet man hieher. Voet l. c. §. 11. Stryk eod. §. 9. Cramer Wetzl. Nebenst. 10. Th. S. 34.

[c] L. 13. pr. h. t. (9. 2.) L. 5. §. 5. L. 7. de his qui effud. (9. 3.).

[d] Emminghaus ad Cocceii l. c. qu. 11.

[e] Stryk L. 9. T. 3. §. 5.

[f] L. 7. §. 8. L. 18. h. t. (9. 2.).

[g] L. 7. §. 1. commod. (13. 6.) L. 34. §. ult. de O. et A. (44. 7.). In der letzten Stelle mufs aber offenbar das letzte non weggestrichen werden. Voet l. c. §. 31. Cuiac Obs. L. 3. c. 25. Averan. interpr. L. 3. c. 15.

[h] L. 1. §. 1. si mensor. (11. 6.) L. 41. §. 1. de re iudic. (42. 1.) L. 18. §. 3 de donat. (43. 5.) L. 14. §. 11. de furt. (47. 2.) L. 54. §. 2. de A. R. D. (41. 2.). Wernher lect. comm. L. 9. T. 2. §. 2. Höpfner Comm. §. 1049. Emminghaus l. c. ad qu. 4. not. h. i. k. A. M. sind Schöman Handb. 1. B. S. 165. fgg. v. Löhr Theorie der Culpa. S. 167. not. 1. Glück Comment. 10. B. §. 699.

§. 965.

II) Besonderes Rechtsmittel.

Das Römische Recht gestattet, aufser diesem allgemeinen Rechtsmittel, noch für viele einzelne Fälle besondere Klagen gegen den Urheber einer unerlaubten Handlung. Von diesen sind folgende hier noch in der Kürze anzuführen: 1) im Fall eines Diebstahls [*] kann der Eigenthümer der Sache [i], und auch der Pfandgläubiger [k], die *condictio furtiva* gegen den Dieb und dessen Erben [l], auf Rückgabe der Sache, und deren Werth anstellen [m], und zwar selbst wegen unbeweglicher Sachen [n]. Andre Personen haben diese Klage nicht [o]. Aufserdem kann aber Jeder, welcher dabey interessirt ist [p], eine Pönal-Klage, welche *actio furti* heifst, gegen den Dieb auf den vierfachen oder doppelten Werth der Sache anstellen, je nachdem nämlich der Dieb ertappt wurde (*furtum manifestum*), oder nicht (*furtum nec manifestum*) [q]. Diese Klage geht denn auch, wie die *condictio furtiva*, gegen die Theilnehmer am Diebstahl, und sogar noch gegen die, welche nur zum Diebstahl riethen [**]. 2) Sind von Jemandem heimlich Bäume abgehauen, so kann der Eigenthümer die *actio arborum furtim caesarum* auf das Doppelte anstellen [r]. 3) Gegen den, welcher eine bewegliche Sache gewaltsam in gewinnsüchtigen Absichten entwendet, findet, aufser den, im Fall eines *furti manifesti* zulässigen Rechtsmitteln [s], insbesondere die *actio vi bonorum raptorum* auf das Vierfache statt, welche

[*] Ueber den Begriff des Diebstahls: §. 6. 7. de obl. ex del. (4. 1.) L. 16. de cond. furt. (13. 1.) L. 1. §. 3. de furt. (47. 2.).

[i] L. 1. de condict. furtiv. (13. 1.) L. 56. §. pen. de furt. (47. 2.).

[k] L. 2. de condict. tritic. (13. 3.). Voet L. 13. T. 1. §. 3.

[l] L. 9. h. t. (13. 1.).

[m] L. 7. §. 1. eod.

[n] L. 2. cit. L. 25. pr. §. 1. de furt. (47. 2.).

[o] L. 14. §. 6. eod. L. 12. §. 5. de usufr. (7. 1.). A. M. ist wegen L. ult. §. 3. C. de furt. (6. 2.), welche aber von dieser Klage nicht handelt, Lauterbach coll. L. 13. T. 1. §. 10.

[p] §. 13. 14. 15. I. de obl. quae ex del. (4. 1.).

[q] §. 5. I. eod. L. 52. pr. de furt. (47. 2.).

[**] §. 11. 12. 14. I. eod. L. 52. pr. D. l. c. L. 53. §. 2. de V. S. (50. 16.). Cuiac. in Costa ad Inst. l. c. Ueber die Ideen Andrer: Glück Comm. 13. B. §. 838.

[r] Tit. P. arborum furtim caes. (47. 7.).

[s] pr. I. de vi bonor. raptor. (4. 2.).

Klage aber zu den vermischten (§. 65.) gehört [t]. 4) Die Rechtsmittel, welche gegen einen Injurianten stattfinden, werden im peinlichen Recht angegeben. 5) Verhindert Jemand unrechtmäſsig die Beerdigung eines Todten, oder die Errichtung eines Grabmahls, so kann in jenem Fall eine *actio in factum* auf das Interesse [u], oder ein besonderes *interdictum de mortuo inferendo* [x], in diesem aber das *interdictum de sepulcro aedificando* gegen ihn gerichtet werden [y]. 6) Hat Jemand den Sklaven eines Andern verdorben, so findet die *actio de servo corrupto* auf das Doppelte wider ihn statt [z], welche man *utiliter* auch dem Vater wegen des verführten Sohnes auf das Einfache [a], und jetzt auch dem Ehemann, Militär-Chefs, den Leib- Dienst- und Grundherren, und Vorstehern eines Klosters einräumet [b]. Ist ein Sklav zum Entlaufen verführt, so kann er vindicirt, und der Verführer als Dieb belangt werden [c]. Eben diese Rechtsmittel läſst man jetzt zu, wenn Leibeigne, Soldaten, Mönche, und Nonnen entlaufen [d].

§. 966.

Insbesondere cond. ob turpem vel iniustam caussam.

Ein besonderes wichtiges Rechtsmittel ist endlich noch 7) die *condictio ob turpem vel iniustam caussam* [e], dessen Natur folgende Hauptsätze bezeichnen: A) Wenn Jemand etwas zu einem Zweck gibt, welcher den Geber sowohl, als den Empfänger schändet, so kann der Geber eben so wenig das Empfangene zurückfodern, als wenn die Schande ihn allein trifft [f]; doch kann im ersten Fall der Dritte, welcher dabey interessirt ist, daſs die Sache nicht gegeben sey,

[t] §. 2. I. eod.

[u] L. 8. §. ult. de religiosis (11. 7.).

[x] L. 8. §. ult. l. c. L. 1. de mortuo inferendo (11. 8.).

[y] L. 2. §. 1. de interdict. (43. 1.).

[z] L. 1. pr. de servo corrupto (11. 3.).

[a] L. 14. §. 1. eod. L. 2. de liberis exhib. (43. 30.).

[b] Voet L. 11. T. 3. §. ult. Stryk eod. §. 4. Cocceii eod. qu. 4. Glück Comm. 11. B. §. 754.

[c] L. 1. pr. de fugitivis (11. 4.).

[d] Schilter Ex. 21. §. 19. Huber L. 11. T. 4. §. 3.

[e] I. C. Schroeter de cond. ob turp. causs. Ien. 1715. Idem de rei turpis stipulat. Ien. 1715. A. Pau de condict. ob turp. vel iniust. causs. Ultr. 1727.

[f] L. 4. §. 2. L. 8. h. t. (12. 5.).

oder der Fiscus, dem Empfänger die Sache abfodern [g]. Ein Fall, da beide Theile schändlich handeln, findet statt, wenn dem Richter Geld gegeben wird, um denselben zu gewinnen, selbst wenn der Geber von der Gerechtigkeit seiner Sache überzeugt war [h]. Nur den Geber hingegen trifft die Schande nach der gesetzlichen Ansicht, wenn er einer, vom Staat zu diesem Handwerk zugelassenen H** etwas gibt [i], woraus denn folgt, daſs solche Personen auch den versprochenen Lohn einklagen können [k]. B) Trifft den Empfänger allein die Schande, so kann das Gegebene, jedoch ohne Zinsen [l], zurückgefodert werden [m], und zwar durch die *condictio ob turpem caussam*, wenn etwas zu einem erst künftig auszuführenden Zweck, hingegen durch die *condictio ob iniustam caussam*, wenn etwas wegen einer bereits ausgeführten schändlichen oder ungerechten Handlung gegeben ward [n].

Dritte Abtheilung.

Ueber die Entstehung persönlicher Rechte aus andern Gründen.

§. 967.

Eintheilung. Persönliche Rechte können nicht bloſs aus Verträgen, und unerlaubten Handlungen des Verpflichteten, sondern auch aus mancherley andern Gründen (*ex variis caussarum figuris*) entspringen [o]. In einigen dieser Fälle [p] sagen die Rö-

[g] L. 4. § ult. L. 5. eod. L. 5. de calumniator. (3. 6.) L. 32. §. ult. de donat. int. V. et U. (24. 1.) Auth. Novo iure C. de poena iud. qui male iudicavit (7. 49.). Schilter Ex. 24. §. 23. Thomasius ad Huber L. 12. T. 5. §. 3.

[h] L. 1. §. 3. de calumn. (3. 6.) L. 2. §. ult. h. t. (12. 5.) L. 1. C. de poena iud. (7. 49.). Thomasius l. c. §. 4.

[i] L. 4. §. 3. eod.

[k] A. M. ist Weber v. d. nat. Verb. §. 68. not. 4. Glück Comm. 13. B. S. 53. 54. not. 15.

[l] L. 4. C. h. t. (4. 7.). Müller ad Leyser Obs. 335.

[m] L. 1. pr. §. 1. 2. D. eod.

[n] L. 6. 7. eod. L. 3. C. de cond. sine caussa (4. 9.). Struv Ex. 18. Th. 28. Ueber die Ideen Andrer: Thomasius l. c. §. 1. Höpfner Comm. §. 957.

[o] L. 1. pr. L. 52. de O. et A. (44. 7.).

[p] Tit. I. de obl. quae quasi ex contr. (3. 28.).

mer, und selbst zuweilen im Fall einer unerlaubten Handlung, der Verpflichtete sey eben so verbunden, als ob er einen Contract geschlossen hätte (*quasi contraxisset*), in andern hingegen [q], er hafte eben so, als ob er ein, ihm imputables Verbrechen begangen hätte (*quasi delictum commisisset*). Weder die Fälle, welche unter die erste, noch auch die, welche nach Vorschrift des Römischen Rechts unter die letzte Rubrik gehören, und nicht durch andre vermehrt werden dürfen, lassen sich im eigentlichen Sinn definiren, sondern man kann sie bloſs einzeln aufzählen [r]. Denn wenn auch z. B. auf die Fälle, wo gesagt wird, daſs eine *obligatio* als *quasi ex delicto* entstanden, angesehen werden solle, das gemeinschaftliche Merkmal paſst, daſs hier Jemand aus unerlaubten Handlungen belangt wird, welche ihm entweder gar nicht, oder nicht nach der Strenge des Civil-Rechts imputirt werden können: so paſst doch auch dieses Merkmal gleichfalls auf andre Fälle, welche der Römer nicht unter jene Rubrik setzt [s]. Es ist jedoch äuſserst wichtig, jene Classification beyzubehalten, weil daraus materiell sehr bedeutende Wirkungen entspringen, indem bey einer *obligatio quasi ex contractu* stets alles, selbst Zufällige anzuwenden ist, was die Gesetze in Rücksicht wahrer Verträge verordnen [t]; und eine *obligatio quasi ex delicto* alle Folgen eines wahren Verbrechens hat [u].

§. 968.

I) Quasi-Contracte.

Unter die Rubrik der, jetzt sogenannten Quasi-Contracte gehören: die Tutel [x]; die Erbschaftsantretung [y]; die Verwaltung einer gemein-

[q] Tit. I. de oblig. quae quasi ex del. (4. 5.).

[r] Ueber die verschiedenen Ideen s. Weber v. d. nat. Verb. §. 9. 10. 27. Hugo Civ. Mag. 1. B. S. 452—455. C. G. Hübner de obligat. quae quasi ex contr. et quae quasi ex del. nasc. coniecturae. Lips. 1792.

[s] Man denke nur an die, §. 1076. erwähnte actio de recepto. Von den Quasi-Contracten gilt dasselbe. Das Merkmal: erlaubte Handlungen, paſst hier nicht einmal, da durch actiones quasi ex contractu auch praestatio doli et culpae gefodert werden kann.

[t] L. 1. in quib. causs. pign. tac. (20. 2.) vergl. mit L. 52. §. 10. pro socio (17. 2.). Ferner: L. 19. §. 1. de iudic. (5. 1.) vergl. mit L. 27. eod.

[u] Vergl. §. 68. in Betreff des Uebergangs der Klagen mit L. 5. §. 5. de deiect. et effusis (9. 3.).

[x] S. oben §. 535—541.

[y] S. oben §. 721.

schaftlichen Sache, oder Erbschaft [z]; die Geschäftsführung, und die Bezahlung einer Nichtschuld. Da die vier ersten Fälle, des Zusammenhangs wegen, schon bey einer andern Gelegenheit erörtert sind: so brauchen hier nur bloſs die beiden letzten auseinander gesetzt zu werden.

§. 969.

1) Negotiorum gestio.

Unter der Geschäftsführung (*negotiorum gestio*) versteht man den Fall, wenn Jemand (Geschäftsführer, *negotiorum gestor*) absichtlich die Geschäfte eines Andern (Geschäftsherr, *dominus negotiorum*) ohne dessen gültigen, vorhergehenden Auftrag besorgt [*a*]. Die Natur der Geschäftsführung wird also eben so wenig, soweit sie vollbracht ist, durch eine Ratihabition [*b*], als durch einen ungültigen Auftrag dessen, den die Geschäfte angehen [*c*], noch auch dadurch geändert, daſs ein Dritter dem Geschäftsführer die Besorgung der Angelegenheit des Geschäftsherrn aufgetragen hat, wenn auch gleich der Geschäftsführer in Rücksicht dessen, welcher ihm den Auftrag ertheilte, als Mandatar zu behandeln ist [*d*]. Wohl aber geht die Geschäftsführung von dem Augenblick an in ein Mandat über, da der Geschäftsherr die Verwaltung genehmigt. Stillschweigend geschieht dieſs, wenn er, indem er widersprechen kann, wissentlich schweigt, er sey dann gegenwärtig, oder abwesend [*e*].

§. 970.

Pflichten des gestoris.

Der Geschäftsführer, welcher wegen seiner Verbindlichkeiten durch die *actio negotiorum gestorum directa* belangt werden

[z] S. oben §. 728. fgg.

[*a*] Ueber die falschen Definitionen Andrer s. Cocceii L. 3. T. 5. qu. 1. Walch contr. S. 3. c. 6. §. 1. und über die ganze Lehre: I. D'Avezan de negotiorum gestione (Meermann Thes. T. 4.). C. C. Hofacker D. sistens leges quasdam potiores tit. de negot. gest. expos. Tub. 1787.

[*b*] S. oben §. 139. not. 4.

[*c*] L. 19. §. 2. L. 32. L. 36. h. t. (3. 5.).

[*d*] L. 3. §. ult. L. 4. L. 21. §. ult. L. 28. L. 46. §. 1. eod. L. 14. C. eod. (2. 19.). Cuiac. quaest. Pap. L. 9. ad L. 53. qui fide mandati. (opp. T. 4. p. 207. 208.). A. M. ist F. G. Heineken de negotiat. quam vocant speditoriam. Heidelb. 1811. p. 34—37.

[*e*] L. 5. §. 5. L. 6. pr. L. 29. L. 41. D. eod. L. 16. ad SCt. Maced. (14. 6.). Cocceii L. 3. T. 5. qu. 2. Voet L. 17. T. 1. §. 3.

kann, ist verbunden: 1) auf die angemaſste Verwaltung den höchsten Fleiſs zu wenden [*f*], und gegen sich selbst wie gegen einen Dritten zu verfahren [*g*], auch angefangene Geschäfte, so weit es rechtlich möglich ist [*h*], und alles, was damit unzertrennlich zusammenhängt, zu vollenden [*i*]. Die Erben des Geschäftsführers können aber nur wegen der *culpa lata* verantwortlich gemacht werden [*k*], und er selbst haftet auch nicht weiter, wenn er sich einer Sache annahm, welche ohne dieſs würde zu Grunde gegangen seyn [*l*]. Dabey ist in allen Fällen der Nutzen mit den Beschädigungen, soweit eine Gleichheit ist, zu compensiren [*m*]. Den, an den Sachen des Geschäftsherrn sich ereignenden Zufall trägt er jedoch nicht, ausgenommen wenn er ihn durch ein gewagtes Geschäft herbeyführte [*n*], wenn er die Verwaltung in arglistigen Absichten anfing [*o*], oder durch einen, die Natur der Geschäftsführung nicht aufhebenden Vertrag, den Zufall über sich nahm [*p*], wiewohl natürlich, wenn ein Dritter den Vertrag schloſs, der Geschäftsherr nicht daraus klagen kann [*q*]. Ferner 2) ist er verbunden, alles, was er in Händen hat, nach einem Inventar, oder einer eidlichen Specification, nebst den sämmtlichen Accessionen, und allen gezogenen und vernachlässigten Früchten herauszugeben [*r*]. In Betreff der Zinsen muſs man noch besonders folgende Fälle unterscheiden: A) wenn er heimlich Gelder zu seinem Vortheil benutzte, so erlegt er 12 p. c. [*s*]. Schrieb er sich dagegen B) ein Capital als verzinslich auf eine redliche Art zu, so gibt er nur die angesetzten Zinsen [*t*]. C) Foderte er Gelder von

[*f*] §. 1. I. de obl. quae quasi ex contr. (3. 28.). Ueber die Ideen Andrers Höpfner Comment. §. 936. not. 2. 3.

[*g*] L. 6. §. 12. h. t. (3. 5.).

[*h*] L. 20. C. h. t. (2. 19.). Voet L. 3. T. 5. §. 6.

[*i*] L. 6. §. ult. L. 21. §. 2. eod. L. 20. C. eod. (2. 19.).

[*k*] L. 17. C. eod.

[*l*] L. 3. §. 8. L. 9. D. eod. v. Löhr Theorie der Culpa. §. 24. a. E.

[*m*] L. 11. eod.

[*n*] L. 11. eod.

[*o*] L. 6. §. 3. L. 32. eod.

[*p*] Davon, oder von einem nachfolgenden Vertrage, ist L. 22 C. eod. (2. 19.) zu verstehen. Ueber die Erklärungen Andrer s. Höpfner a. a. O. not. 4. Glück Comment. §. 423.

[*q*] Vermöge §. 160.

[*r*] L. 2. L. 7. C. eod. Carpzov P. 3. Const. 33. Def. 7.

[*s*] L. 38. h. t. (3. 5.) und oben §. 281.

[*t*] Arg. L. 9. §. 7. L. 54. de admin. et peric. tut. (26. 7.).

sich selbst nicht ein, so bezahlt er gewöhnliche Verzugszinsen [u], hingegen D) landesübliche Zinsen, wenn er Gelder gar nicht, oder nicht gehörig auslieh [x]. Doch ist er hier ganz frey, wenn der Geschäftsherr seine Capitalien nicht selbst auszuleihen pflegte [y].

§. 971.

Pflichten des domini.

Der Geschäftsführer kann dagegen durch die *actio negotiorum gestorum contraria* Erstattung seiner Auslagen, Verzinsung derselben, und Befreyung von den, zum Zweck der Geschäftsführung übernommenen Lasten fodern [z], und zwar Erstattung aller Auslagen, wenn der Geschäftsherr die Verwaltung gültig genehmigte [a]. Nur müssen, welches aber in der Regel [b] bey freywilligen Verwendungen [c] nicht vermuthet wird [d], die Auslagen nicht in der Absicht, zu schenken, gemacht [e]; auch darf dem Geschäftsführer die Verwaltung nicht durch ein erlaubtes, gültiges Verbot [f] untersagt seyn. Denn wenn diefs ist, so kann er nur, wie der Besitzer in bösem Glauben, wegen seiner nothwendigen Auslagen das Retentions-Recht ausüben [g]. Dabey mufs er aber auch die Auslagen für einen Andern, und nicht für sich selbst gemacht haben. Um hier alles scharf zu fassen, unterscheide man folgende Fälle: A) Wenn Jemand die Geschäfte eines Andern wirklich absichtlich, und direct besorgt, so ist er entweder a) in gutem Glauben. Dann kann er durch jene Klage Erstattung seiner nothwendigen und nützlichen Auslagen verlangen, selbst wenn sie den Beklagten nicht mehr bereichern [h]. Der letzte Satz fällt jedoch weg, wenn sie durch seine Schuld un-

[u] L. 38. cit. L. 6. §. ult. L. 35. §. ult. de usuris (22. 1.).

[x] L. 19. §. 4. L. 31. §. 3. h. t. (3. 5.).

[y] L. 13. §. 1. de usuris (22. 1.).

[z] L. 19. §. 4. L. 27. in f. L. 28. L. 45. h. t. (3. 5.) L. 18. C. eod. (2. 19.).

[a] L. 9. D. eod.

[b] Eine Ausnahme s. in §. 350.

[c] L. 13. C. h. t. (2. 19.).

[d] L. 3. C. de contr. iud. tut. (5. 58.) L. 1. C. ubi pupillus educari (5. 49.).

[e] L. 27. §. 1. L. 34. L. 41. h. t. (3. 5.) L. 11. 13. 15. C. eod. (2. 19.).

[f] Ein unerlaubtes und nichtiges wird nicht geachtet. L. 14. §. 13. de religios. (11. 7.). Brunnemann Comm. ad P. L. 3. T. 5. ad L. 43. Berger Oecon. L. 3. T. 6. Th. 1. not. 3.

[g] L. ult. C. h. t. (2. 19.). Weiter geht Voet L. 3. T. 5. §. 11.

[h] L. 10. §. 1. h. t. (3. 5.).

tergingen [*i*], oder der Beklagte ein Minderjähriger ist [*k*]. War er aber b) in bösem Glauben, so hat er auch eine Klage [*l*], und zwar gleichfalls die *actio negotiorum gestorum contraria* [*m*], aber nur wegen seiner nothwendigen Auslagen [*n*], diese mögen nun existiren, oder nicht [*o*]. B) Führt Jemand seine eigenen Geschäfte, in dem Glauben, er thue es für einen Andern, so hat er gegen diesen keine Rechtsmittel [*p*], wohl aber, C) wenn er die Geschäfte eines Andern in dem Glauben, er thue es für sich selbst, administrirte; doch stehen ihm hier in der Regel nur Einreden zu, so lange er besitzt [*q*], wiewohl er in diesem Fall durch die *actio negotiorum gestorum directa* belangt werden kann [*r*]. D) Administrirte er die Geschäfte des A irrig für B, so hat er dennoch gegen jenen eine Klage, und selbst gegen den letzten, wenn dieser die Verwaltung genehmigte [*s*]. Nutzte endlich E) der Geschäftsführer, indem er zunächst für den Einen handelt, indirect einem Dritten; so hat er auch gegen den letzten, jedoch nur subsidiarisch, und nur insoweit, als der Dritte bereichert ist, eine *actio negotiorum gestorum utilis* [*t*].

§. 972.

2) Condictio indebiti.

Bezahlt und empfängt Jemand, durch einen entschuldbaren Irrthum verleitet, eine Nichtschuld als Schuld, so kann jener das Gegebene, gleichsam als ob er darüber contrahirt hätte, *condictione indebiti* zurückfodern [*u*], welche, insofern sie auf Zurückfoderung einer Geldsumme gerichtet wird, *condictio certi*, sonst aber *condictio incerti*

[*i*] L. 22. eod.

[*k*] L. 15. L. 37. eod. L. 2. C. eod. (2. 19.).

[*l*] Das Gegentheil behauptet zwar Noodt prob. L. 4. c. 9. allein ganz irrig. Waechtler opusc. p. 324—329.

[*m*] Manche geben ihr andre Namen. Glück Comm. §. 421. pr.

[*n*] L. 6. §. 3. h. t. (3. 5.).

[*o*] Arg. L. 5. C. de rei vindic. (3. 32.).

[*p*] L. 6. §. 4. h. t. (3. 5.).

[*q*] Es ist hier ganz zu wiederholen, was §. 569. am Ende gesagt ist. Cocceii ius contr. L. 3. T. 5. qu. 7. A. M. ist wegen einiger, nur auf besondre Fälle gehenden Gesetze: Glück Comm. §. 421.

[*r*] L. ult. eod.

[*s*] L. 6. §. 9. 10. eod.

[*t*] L. 6. pr. §. 6. L. 27. eod.

[*u*] I. Pacius de condict. indeb. Genev. 1578. A. Cludius de eod. arg. Frkf. 1605. I. E. Link de eod. arg. Argent. 1751.

heifst [*x*]. Unter dem Ausdruck: Zahlung und Zurückfoderung, wird hier auch der Fall begriffen, wenn Jemand irrig Verbindlichkeiten übernahm, oder erliefs, als ob er dazu gehalten wäre, und nachher Befreyung von denselben, oder Wiederherstellung derselben verlangt.

§. 973.

Deren Erfodernisse.

Zur Begründung dieser Klage gehört: 1) dafs eine, nach natürlichem, oder bürgerlichem Recht gänzlich ungültige, oder unwirksame Verbindlichkeit erfüllt ist [*y*]; zu welchen Nichtschulden denn auch eine, an sich wahre Verbindlichkeit gehört, auf deren Nicht-Existenz rechtskräftig erkannt ist [*z*]. Der Zahlende kann also auch die Klage anstellen, wenn er die Nichtschuld eines Dritten mit seinem eignen Gelde zahlte, oder, indem er es mit dem Gelde eines Andern that, sich auf den Fall des Irrthums die Zurückfoderung vorbehielt [*a*]. Eben so ist die Zurückfoderung erlaubt, wenn Jemand irrig die Schuld eines Andern, als seine eigne abträgt [*b*]. Trug er sie aber für den Andern ab, in dem irrigen Glauben, er sey diesem dazu verbunden: so findet gegen den Empfänger nicht die *condictio indebiti*, sondern nur gegen den, welchem dadurch genutzt ist, die *actio negotiorum gestorum contraria* statt [*c*]. Ist dagegen eine Verbindlichkeit noch in einiger Rücksicht nicht ganz aufgehoben, wenn auch beschränkt: so findet die *condictio indebiti* nicht statt [*d*]; also auch nicht, wenn eine erkennbare Liebespflicht (§. 4.) erfüllt ist [*e*], z. B. wenn man irrig gesetzmäfsige Zinsen eines unverzinslich angeliehe-

[*x*] L. 1. de condict. tritic. (13. 3.) L. 12. de novat. (46. 2.) vergl. mit Cocceii L. 12. T. 6. qu. 3. Pufendorf T. 2. Obs. 41.

[*y*] Die Gründe liegen in dem, was §. 202. gesagt ist. Meine Vers. 2. B. 5. Abh. n. 1.

[*z*] L. 29. §. 5. mandati (17. 1.) L. 36. fam. herc. (10. 2.) L. 13. quib. mod. pign. vel hyp. (20. 6.) L. 1. C. h. t. (4. 5.). Hert de condict. indeb. civiliter, debiti natur. §. 15. 16. Weber v. d. nat. Verb. §. 99.

[*a*] L. 17. de pet hered. (5. 3.) L. 8. §. 16. de inoff. test. (5. 2.) L. 61. h. t. (12. 6.).

[*b*] Doch concurrirt auch damit actio negotiorum gestorum. L. 31. de hered. pet. (5. 3.) L. 38. §. 2. de solut. (46. 3.).

[*c*] L. 5. §. 5. de doli except. (44. 4.) L. 12. de novat. (46. 2.). Donell Comm. L. 14. c. 13. Voet L. 3. T. 5. §. 13.

[*d*] L. 40. pr. h. t. (12. 6.) L. 9. §. 4. 5. ad SCt. Maced. (14. 6.) L. 3. C. de usur. (4. 32.).

[*e*] L. 32. §. 2. h. t. (12. 6.).

nen Capitals bezahlt hat, welches jedoch der Codex ändert [*f*]. In einigen Fällen kann aber auch eine wahre Nichtschuld nicht zurückgefodert werden, nämlich A) wenn man etwas ganz gewiſs Fälliges zu früh [*g*], oder B) einer frommen Stiftung irrig Legate zahlt [*h*]. Endlich C) wenn der Vater, welcher durch die *actio de peculio* belangt ward, über den Bestand des *peculii* zahlte [*i*]. Uebrigens wird bey geschehener Zahlung nicht vermuthet, daſs keine Schuld vorhanden sey, und der Kläger muſs also die Nichtschuld beweisen. Hievon ist er jedoch ausnahmsweise frey, a) wenn der Beklagte arglistig den Empfang läugnet; b) wenn er zu den Personen gehört, denen Rechtsunwissenheit hier verziehen wird, oder sonst für Geschäfte unfähig ist [*k*], endlich c) wenn er eine, den Grund der Schuld nicht angebende Handschrift (*instrumentum indiscretum*) ausgestellt hat, und diese Handschrift zurückfodert [*l*]. Zahlt er dagegen auf eine solche Handschrift, so ist diese Zahlung wie jede andre zu beurtheilen [*m*].

§. 974.

Fortsetzung. Ein ferneres Erfodernisſs ist, 2) daſs die Zahlung aus einem entschuldbaren Irrthum, wohin in der Regel der Rechtsirrthum nicht gehört [*n*], geschehen sey. Wer wissentlich eine Nichtschuld zahlt, kann weder diese, noch auch in der Regel eine andre Klage anstellen [*o*]. Eben darum fällt denn auch diese Klage weg, wenn Jemand etwas, unter der Voraussetzung, daſs er vielleicht eine Nichtschuld erfülle, mit-

[*f*] L. 26. pr. eod. vergl. mit Meinen Vers. 2. B. 5. Abh. n. 3. A. M. ist über dieſs Fragment Weber de usuris indebite solutis. Suev. 1787. (in Dessen Vers. 1. B. n. IV.). Durch L. 18. C. de usuris (4. 32.) ist indeſs die, wie aus dem letzten Gesetz erhellet, streitig gewesene Meynung des Juristen in L. 26. cit. zum Vortheil der Gegenpartey entschieden.

[*g*] L. 10. 16. 17. 18. 48. 56. 60. h. t. (12. 6.) L. 9. §. 1. de novat. (46. 2.). Cocceii eod. qu. 8.

[*h*] §. 7. I. de obl. quae quasi ex contr. (3. 28.).

[*i*] L. 11. D. h. t. (12. 6.).

[*k*] L. 25. de probat. (22. 3.). Ueberh. A. F. Schott de probat. condict. indeb. suscip. Lips. 1767. B. Voorda de munere probandi in caussa indebiti. Lugd. Bat. 1775.

[*l*] L. 25. §. ult. de probat. (22. 3.).

[*m*] Hert l. c. §. 20. Huber L. 12. T. 6. §. 5. Weber in den not. zu Schmidt v. d. Kl. §. 1363. not. e.

[*n*] S. oben §. 28. not. y.

[*o*] S. vorhin §. 973. not. y.

telst eines Vergleichs bezahlt [p]. Uebrigens mufs auch der Irrthum bewiesen werden, wozu man jedoch, wenn die Nichtschuld ausgemacht ist, den Ergänzungseid für hinreichend hält [q].

§. 975.

Fortsetzung. Endlich 3) mufs der Empfänger selbst im Irrthum gewesen seyn. Nahm er wissentlich die Nichtschuld an, so findet, wenigstens wenn der Kläger diefs in der Klage anführt, nicht die *condictio indebiti*, sondern nur die *condictio furtiva* (§. 965.) wider ihn statt [r].

§. 976.

Zweck derselben. Der Hauptzweck der Klage ist Restitution des Empfangenen, und zwar A) wenn fungibile Sachen gegeben wurden, Zurückgabe des Empfangenen in gleicher Art und Güte, indem hier insofern die *condictio indebiti* die Natur der Darlehnsklage nachahmt [s]. Zinsen kann aber der Kläger nach Römischem Recht nie fodern [t]; doch ist jetzt der Fall eines wirklichen Verzugs auszunehmen [u]. B) Sind andre Sachen gegeben, so können diese mit allen Früchten, und sonstigen Accessionen zurückgefodert werden [x]. Den Zufall trägt der Beklagte bey dieser Klage, sofern er nicht säumig ist, niemals [y]. C) Ist etwas versprochen, oder erlassen, so wird in jenem Fall auf Vernichtung der Schuld, und Rückgabe der Handschriften, in diesem auf Herstellung der Schuld, und Zurücklieferung der Quitungen geklagt [z].

[p] L. 65. §. 1. h. t. (12. 6.). Daraus erklärt sich §. 7. I. h. t. (3. 28.) L. 4. C. h. t. (4. 5.). Meine Vers. 2. B. 5. Abh. n. II.

[q] Brunnemann L. 12. T. 6. ad L. 1.

[r] L. 18. de cond. furt. (13. 1.) L. 37. h. t. (12. 6.) vergl. mit §. 14. I. de act. (4. 6.). Voet L. 12. T. 6. §. 6. Andre Ideen haben Hellfeld iur. for. §. 835. Höpfner Comm. §. 953. not. 2.

[s] L. 7. L. 19. §. 2. L. 65. §. 6. h. t. (12. 6.). Bey indebite geleisteten Handlungen kann natürlich nur der Werth in Betracht kommen. C. G. Gmelin de condict. facti indebite praestiti. Tub. 1769.

[t] L. 1. C. h. t. (4. 5.).

[u] Ueber die verschiedenen Ideen: Höpfner Comm. §. 956. Glück Comm. 13. B. §. 835.

[x] L. 7. L. 15. pr. L. 26. §. 12. L. 65. §. 6—8. eod. Duarenus ad T. de cond. indeb. c. 9. A. M. ist Donellus L. 4. c. 18.

[y] L. 26. §. 12. L. 65. §. 8. eod.

[z] L. 31. eod. L. 3. C. eod. (4. 5.).

§. 977.

II) Quasi-Delicte. *Quasi ex delicto* wird geklagt, 1) wenn gegen Gastwirthe und Schiffer die, oben (§. 911.) erwähnte *actio in factum* angestellt, oder 2) gegen den Richter wegen Arglist oder Versehen geklagt wird [*a*]. Ferner 3) gehört dahin die *actio de deiectis et effusis*. Diese Klage setzt voraus, daſs aus einem Hause auf einen gangbaren Ort [*b*], ohne vorgängige Verwarnung [*c*], etwas herabgeworfen, und dadurch ein Schaden verursacht ist. Will man sich in einem solchen Fall an den Thäter halten, so ist dieſs erlaubt [*d*]; allein besser ist es, jene Klage zu wählen, da diese schlechthin gegen den Bewohner der Zimmer, dem dann der Regreſs gegen den Thäter frey steht [*e*], angestellt werden kann [*f*], und zwar gegen mehrere Bewohner *in solidum* [*g*]. Ist ein Haus an Mehrere vermiethet, so haftet der Wirth, ausgenommen wenn er sich den kleinsten Theil vorbehielt. Denn wenn dieſs ist, so müssen die Bewohner der Zimmer ausgeklagt werden [*h*]. Der Zweck der Klage, welche nach Römischen Grundsätzen (§. 68.) nicht wider die Erben ging [*i*], ist, im Fall der Verletzung einer Sache, Erstattung des Doppelten. Wird ein freyer Mensch getödtet, so hat Jeder aus dem Volk eine Klage auf 50 *aureos*. Wird er hingegen verwundet, so steht ihm, und Jedem aus dem Volk eine Klage auf das Interesse, und eine arbiträre richterliche Bestimmung zu [*k*]. Jetzt ist natürlich nur von Schadensersatz, und allenfalls von einer öffentlichen Strafe die Rede [*l*]. Ist aus einem Schiff etwas geworfen, so kann diese Klage *utiliter* gegen den Vorgesetzten desselben ange-

[*a*] Die mehrsten unterscheiden mit Weber natürl. Verb. §. 12. bey dem Richter zwischen groben und geringen Versehen. Allein s. pr. I. h. t. (4. 5.) L. 1. si mensor. (11. 6.) L. 5. §. 4. de O. et A. (44. 7.) L. 6. de extr. cogn. (50. 13.).

[*b*] L. 1. §. 2. de his qui effud. (9. 3.).

[*c*] L. 31. ad L. Aquil. (9. 2.).

[*d*] L. 3. eod.

[*e*] L. 5. §. 4. h. t. (9. 3.). Darüber, wie man die Regreſs-Klage nennen soll, sind uneinig Boehmer ius Dig. L. 9. T. 3. §. 2. Noodt prob. L. 1. c. 10.

[*f*] L. 1. §. 7. L. 5. §. 1. eod.

[*g*] L. 1. §. 10. L. 3. eod.

[*h*] L. 1. §. 9. L. 5. §. 1. eod. vergl. mit Voet L. 9. T. 3. §. 1.

[*i*] L. 5. §. 5. eod.

[*k*] L. 5. §. 5. eod. §. 1. I. de obl. quae quasi ex del. (4. 5.).

[*l*] Hellfeld iur. for. §. 711.

stellt werden [m]. Der letzte, freilich irrig hieher gerechnete Fall [n] ist, 4) wenn aus einem Hause etwas hervorragend gefährlich ausgestellt, aber noch nicht gefallen ist [o]. Dann hat Jeder aus dem Volk eine *actio in factum de posito et suspenso* gegen die Personen, welche, wenn es fiele, durch die vorhin genannte Klage belangt werden könnten, auf Wegnahme, und Entrichtung von 10 *aureis* [p]. Droht eine, nicht hervorragende Sache zu fallen, so wird die Klage *utiliter* zugelassen [q]. Jetzt trit die Polizey zu, und die Strafe fällt weg.

§. 978.

III) Andre Arten. 1) Actio noxalis.

Aufser den bisher genannten Fällen gibt es manche andre, da persönliche Rechtsverhältnisse ohne Vertrag und Verbrechen entstehen, auch nicht so behandelt werden, als ob sie daraus entstanden wären. Manche dieser Fälle haben bisher schon beyläufig angeführt werden müssen [r], und es bleiben hier nur noch folgende übrig: 1) wenn ein Sklav durch eine Handlung, wegen deren er selbst als freyer Mensch hätte belangt werden können, einen Schaden (*noxa*, *noxia*) verursacht hat, so kann jeder jetzige Eigenthümer desselben [s] in Anspruch genommen werden [t], und zwar dahin, dafs er den Schaden ersetze, oder dem Kläger den Sklaven zur Entschädigung überlasse [u]. Jetzt fallen diese *actiones noxa-*

[m] L. 6. §. 3. D. eod.

[n] Löhr Theorie der Culpa. S. 200. Noch zwey Fälle hat Höpfner Comm. §. 1085. Allein da sind wahre Delicte.

[o] L. 1. §. 3. eod. A. M. ist wegen L. 5. §. 11. eod. Voet l. c. §. 6. Allein die, hier unbestimmt genannte Klage ist die actio de deiectis.

[p] L. 5. §. 6. 7. 8. eod.

[q] L. 5. §. 11. 12. eod. vergl. mit Cuiac Obs. L. 22. c. 32. Noodt comm. L. 9. T. 3. in fin.

[r] Dahin gehört: a) die Pflicht zur Alimentation §. 347. fgg. b) Die Pflicht zur Dotation §. 443. Auch gehören dahin die actio institoria, tributoria, exercitoria, de peculio, quod iussu, de in rem verso. §. 68. fgg. 870. fgg. und die actio ad exhibendum. §. 578.

[s] §. 5. I. h. t. (4. 8.).

[t] pr. I. eod. L. 1. pr. L. 31. pr. h. t. (9. 4.) L. 9. de iurisd. (2. 1.) L. 9. §. 2. quod falso tut. auct. (27. 6.).

[u] Ob das Letzte gefodert werden darf, ist streitig. Höpfner Comm. §. 1163. 1164. Dafür ist Paul. Sent. rec. L. 1. T. 15. §. 1.

les weg, da unsre Dienstboten und Leibeigenen selbst auszuklagen sind [x].

§. 979.

2) Actio de pauperie, de pastu.

Sehr ähnlich hiermit ist 2) die Verpflichtung des Eigenthümers eines Thiers, den, durch dasselbe verursachten Schaden zu vergüten. Man unterscheide: A) es findet ein Versehen bey einer solchen Beschädigung statt. Rührt diefs dann von dem Beschädigten selbst her, so erhält er nichts; rührt es von einem Dritten her, so ist dieser zuvörderst in Anspruch zu nehmen [y]; doch versteht es sich, dafs, wenn von diesem nichts zu erhalten ist, der Eigenthümer subsidiarisch in Anspruch genommen werden kann, wenn der Schaden von der Art ist, dafs er an sich nach dem Folgenden vergütet werden mufs [z]. Trifft endlich den Eigenthümer die Schuld, so haftet er unbedingt [a]. Nach einer besondern Vorschrift des ädilitischen Edicts kann der, welcher ein reifsendes Thier an die Strafse legt, auf den doppelten, dadurch verursachten schätzbaren Schaden, wenn ein freyer Mensch verwundet ist, auf das Interesse, und wenn er getödtet ist, auf 200 *solidos* belangt werden [b]. Auch gibt es, wenn Jemand arglistig sein Vieh zum Wegfressen hintreibt, eine eigne *actio de pastu* gegen den Thäter [c]. Geschah B) der Schaden ohne Schuld eines Menschen, so findet gegen jeden jetzigen Eigenthümer des Thiers [d] eine Klage statt [e], und zwar nur allein auf Entschädigung, nicht aber auf Abtretung des

[x] Hellfeld iur. for. §. 713.

[y] L. 1. §. 5. si quadrup. paup. (9. 1.). Ueberh. Thomae Tr. de noxa animalium. 4.

[z] Wernher lect. comm. L. 9. T. 1. §. 5.

[a] L. 52. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.).

[b] L. 42. de aedil. edict. (21. 1.). I. L. Witgens de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis, Trai. ad R. 1730. (Oelrichs Th. Diss. B. V. 1. T. 2.). G. G. Hübner observ. de edicto viario aed. curul. Lips. 1798. c. 3.

[c] L. 9. §. 1. ad exhib. (10. 4.) L. 14. §. ult. praescr. verb. (19. 5.). L. 6. C. de L. Aquil. (3. 36.). Glück Comm. 10. B. §. 692.

[d] pr. I. h. t. (4. 9.).

[e] I. M. Martini de indole act. de pauperie et de pastu. Rost. 1791.

Thiers [f], welche letzte jedoch, auch noch jetzt [g], der Beklagte, sofern er nicht arglistig läugnete, Eigenthümer zu seyn [h], freywillig wählen, und dadurch den Schadensersatz von sich abwenden kann [i]. Nicht in allen Fällen ist jedoch die Klage zulässig. Man unterscheide: a) das Thier schadete gegen die Weise seiner Gattung: dann findet unbedingt die *actio de pauperie directa* oder *utilis* statt, je nachdem das Thier vierfüſsig ist, oder nicht [k]. Schadete es dagegen b) seiner Natur gemäſs, so findet keine Klage wider den Eigenthümer statt [l]. Die Lehre von den, allein durch das Deutsche Recht [m] eingeführten **Pfändungen** ist hier zu übergehen.

§. 980.

3) Pflicht zu beerdigen.

Gleichfalls auf keinen obligatorischen Handlungen beruhet 3) im Ganzen die Verpflichtung, Jemanden beerdigen zu lassen. Man unterscheide hier folgende Fälle: A) der Verstorbene hat Jemandem einen Auftrag dazu ertheilt. Dann ist dieser, wenn er nicht die, ihm ausgesetzten Legate verlieren will, dazu gehalten [n]. Besorgt er die Beerdigung, so hat er wegen seiner Auslagen die Mandats-Klage gegen die, welche zunächst und an sich dazu verpflichtet sind [o]. Erhielt B) Niemand einen Auftrag, so ist vor allen der Erbe nach der Gröſse seines Antheils dazu verbunden [p]. Nächst diesem kommen die Aeltern und der Ehemann, und zwar jene vor diesem, sofern er nicht etwas vom Vermögen der Frau gewonnen hat [q]. Man wendet dieſs umgekehrt auf die Frau

[f] pr. I. cit. L. 6. §. 1. de re iudic. (42. 1.). Emminghaus ad Cocceii L. 9. T. 1. qu. 5.

[g] Stryk eod. §. 4. 5.

[h] L. 1. §. 15. h. t. (9. 1.).

[i] S. not. e.

[k] L. 4. eod.

[l] L. 52. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.). Meine Versuche 2. B. n. 8. Glück §. 692. 695. A. M. ist I. F. A. Diedemann Obs. ad doctrin. de damno et pauperie. Lips. 1804. cap. 2. Schöman Handb. 1. B. S. 194—202.

[m] L. 39. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.). Cocceii l. c. qu. 2.

[n] L. 12. §. 4. L. 14. §. 2. de relig. (11. 7.).

[o] L. 14. §. 1. 2. eod.

[p] L. 12. §. 4. L. 31. pr. §. 1. eod.

[q] L. 16—23. L. 28. eod.

an [r]; auch hält man häufig alle andern Personen, welche dem Verstorbenen Alimente geben mufsten, zur Beerdigung desselben verbunden [s]. C) Nimt keine der, bisher genannten Personen sich der Beerdigung an, so kann sie, selbst wider deren Verbot [t], Jeder aus dem Volk besorgen [u], und dann von jenen seine Auslagen, und zwar, wenn er etwas für Miterben aufwandte, durch die *actio familiae herciscundae* [x], sonst aber durch die *actio funeraria* zurückfodern [y]. Diese Klagen setzen aber, so wie die, vorhin genannte Mandatsklage, voraus, a) dafs die Auslagen nicht in der Absicht zu schenken [z], oder blofs um den Verstorbenen zu beschimpfen, gemacht wurden [a]; und b) dafs sie nicht verschwenderisch, sondern dem Stande des Verstorbenen angemessen waren, selbst wenn dieser das Gegentheil gebot [b]. Hat ein Dritter auf die Ordre dessen, welcher die Beerdigung besorgte, etwas hergegeben, so kann er von der Masse gleichfalls nur für das, was nöthig war, Vergütung fodern; doch steht ihm natürlich gegen den Mandanten unbedingt der Regrefs offen [c]. Ist endlich D) Niemand da, welcher die Beerdigung übernehmen mufs, oder will, so ist sie auf öffentliche Unkosten zu besorgen [d].

§. 981.

4) Pollicitationen. Obgleich 4) einseitige Versprechen (Pollicitationen) in der Regel nicht verpflichten [e], so kann doch ausnahmsweise vom Staat und der Kirche gegen den Pollicitator, sofern er sich durch seinen Willen binden kann [f], und dessen Erben auf

[r] Brunnemann ad L. 44. C. de his quae ut indignis (6. 35). C. G. Hübner de minuendis funerum sumtibus. Lips. 1795.

[s] Stryk L. 11. T. 7. §. 42.

[t] L. 14. §. 13. eod.

[u] L. 12. §. 2. 3. eod.

[x] L. 14. §. 12. eod.

[y] I. P. Slevogt de act. funeraria. Ien. 1690. Unterscheidungen macht Glück Comm. 11. B. §. 772.

[z] L. 14. §. 7. eod.

[a] L. 14. §. 10. eod.

[b] L. 14. §. 5. 6. eod. L. 5. eod. Carpzov P. 2. Const. 25. Dec. 7.

[c] Abweichend ist Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 291. 597.

[d] G. H. Brückner de sepultura gratis concedenda. Ien. 1708.

[e] D. Nettelbladt de pollicitatione inprimis in specie sic dicta. Hal. 1779.

[f] L. 2. §. 1. h. t. (50. 12.)

Erfüllung der Pollicitation, und Verzugszinsen [*g*] geklagt werden, wenn die Pollicitation aus einem bestimmten Grunde zum Besten des Staats, oder Gott geschah (*votum*), oder bey einem, ohne Grund geschehenen Angelöbnifs zur Ausführung desselben der Anfang gemacht ist [*h*]. Verarmt der Pollicitator, so kann er sich durch Erlegung des fünften Theils seines Vermögens von der Erfüllung der Pollicitation befreyen [*i*]. Hat er das, warum die Pollicitation geschah, erlangt, so haften die Erben unbedingt [*k*]; sonst aber brauchen die Kinder nur den zehnten, andre Erben nur den fünften Theil des Vermögens zu erlegen [*l*].

§. 982.

5) Lex Rhodia de iactu.

Sehr merkwürdig ist noch 5) die Vorschrift der *lex Rhodia de iactu* [*m*], welcher zufolge ein Jeder, welcher auf der See durch Beschädigung seiner Sachen die, im Schiff befindlichen Sachen Andrer gerettet hat, eine verhältnifsmäfsige Entschädigung fodern kann [*n*]. Nach Römischem Recht kann aus diesem Grunde nur gegen den Vorsteher des Schiffs geklagt werden, damit dieser dem Eigenthümer der beschädigten Sachen von den Eigenthümern der geretteten Entschädigung verschaffe [*o*]; allein jetzt hält man diesen Umweg nicht mehr nöthig [*p*].

§. 983.

Deren Erfodernisse.

Zur Begründung der Klage gehört: A) dafs durch Verletzung, Vernichtung, oder Aufgebung der Sachen des Einen, ohne Wiederherstellung derselben [*q*], die Sachen der Andern vom Untergange

[*g*] L. 1. pr. L. 2. L. 3. L. 9. eod.

[*h*] L. 1. §. 1. eod.

[*i*] L. 9. eod.

[*k*] L. 3. pr. L. 6. pr. L. 9. eod.

[*l*] L. 14. eod.

[*m*] P. Peck de re nautica; c. not. Vinnii. Amst. 1668. ad Tit. P. de lege Rhodia. F. Balduini comm. de lege Rhodia de iactu (Heineccii iurisp. Rom. et Att. T. 1.). Bynkershoek comm. ad L. 9. ad legem Rhod. de iactu (op. T. 1.).

[*n*] L. 1. h. t. (14. 2.).

[*o*] L. 2. pr. eod. L. 14. pr. de praescr. verb. (19. 5.).

[*p*] Schmidt v. d. Kl. §. 1433. A. M. ist Coccei i L. 14. T. 2. qu. 7.

[*q*] L. 4. §. 1. L. 7. h. t. (14. 2.).

im Wasser, oder einer andern Gefahr befreyt sind [r]. B) Daſs der Verlierende nicht selbst die Gefahr veranlaſste. War ein Dritter, oder der Führer des Schiffs Schuld daran, so kann zwar gegen beide auch auf Entschädigung geklagt werden [s]; allein auch gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen ist hier, wenigstens jetzt [t], der Regreſs aus dem Rhodischen Gesetz zulässig [u]. C) Die geretteten Sachen müssen nicht nachher zu Grunde gehen [x], oder von den Eigenthümern derselben derelinquirt werden [y].

§. 984.

Deren Zweck.

Unter diesen Voraussetzungen kann auf eine verhältniſsmäſsige Entschädigung, jedoch nur *pro rata*, gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen, welche also für einander nicht zu haften brauchen [z], geklagt werden [a]. Die Berechnung und Contribution (Haverey) geschieht hier nach folgenden Regeln: zuvörderst sind die Eſswaaren der Passagiere, deren Kleider, und die freyen Menschen auſser Anschlag zu lassen [b]; doch gestattet man jetzt den Angehörigen eines freyen Menschen, oder diesem selbst, wenn er durch Zusetzung seines Lebens, oder seiner Gesundheit Sachen rettete, Ansprüche auf Entschädigung [c]. Hierauf müssen, nach Abzug der Fracht [d], nicht bloſs die geretteten Waaren, und das Schiff, sondern auch die verloren gegangenen Sachen [e] in Anschlag gebracht werden, und zwar diese, in Gemäſsheit des gemeinen Rechts [f], nach dem Einkaufspreise, jene nach dem Werth, für

[r] L. 2. §. 3. L. 4. pr. et in f. eod.

[s] L. 27. §. 23. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 30. §. 2. locati (19. 2.).

[t] Freilich nicht, vermöge §. 982. not. o. nach Römischem Recht. Huber L. 14. T. 2. §. 8.

[u] L. 1. L. 2. pr. h. t. (14. 2.).

[x] L. 2. §. 5. L. 4. §. 1. eod.

[y] Müller ad Struv L. 14. T. 2. §. 18.

[z] A. M. ist Malblank princ. §. 502.

[a] L. 2. pr. §. 6. h. t. (14. 2.). Cocceii eod. qu. 4. Wernher lect. comm. eod. §. 7. 8.

[b] L. 2. §. 2. eod.

[c] I. H. Boehmer de discrim. tempest. maritim. (Exerc. T. 3.) cap. 2. §. 24.

[d] Wernher l. c. §. 10.

[e] L. 2. §. 2. L. 4. §. 2. eod. Voet eod. §. 12.

[f] Ueber abweichende Gewohnheiten s. Stryk eod. §. 7. Boehmer l. c. cap. 2. §. 29.

welchen sie verkauft werden können [g]. Ist so die Summe gefunden, so müssen beide Theile sich einen verhältnifsmäfsigen Abzug gefallen lassen, und der Schaden ist auf alle zu repartiren [h].

§. 985.

und Ausdehnung. Man wendet diese Grundsätze jetzt auch analogisch auf manche andre Fälle an, z. B. auf Kriegsschäden, und Feuersbrünste [i]. Will man hier nicht willkührlich verfahren, so darf man nicht über das Princip hinausgehen: wer durch das Verderben seiner Sache wirklich einen auszumittelnden Schaden von Andern abgewandt hat, kann insofern, als er dem Andern nutzte, Entschädigung verlangen. Der Umstand allein, dafs ihn ein Unglück traf, ist unläugbar noch nicht hinreichend, die Entschädigungsklage zu begründen.

§. 986.

6) Condictio sine caussa. Ist endlich 6) die Sache einer Person auf eine andre eigenthümlich übertragen, und zwar ohne einen anfänglichen, oder ohne einen fortdauernden Rechtsgrund: so kann die erste, wenn sonst keine der, bisher genannten Condictionen stattfindet, den Empfänger auf Herausgabe des Empfangenen, so weit er bereichert ist, jedoch in der Regel nicht auf Zinsen, durch die *condictio sine caussa* belangen [k]. Dem Kläger darf hier aber nicht der Einwand entgegenstehen, dafs er die Sache wissentlich aus einem solchen Grunde, welcher die Rückfoderung ausschliefst, übergeben habe [l].

[g] L. 2. §. 4. eod.

[h] Falsch rechnet Voet eod. §. 15.

[i] S. die §. 862. not. n. citirten Schriften, und aufser diesen noch: W. A. Lauterbach de aequitate et extensione legis Rhodiae. Tub. 1671. F. Platner pr. super usu legis Rhodiae de iactu in bello terrestri. Lips. 1762. F. C. Walther (Praes. L. F. Malblank) Diss. ad L. 2. §. 2. de lege Rhod. de iactu. Tubing. 1801.

[k] Tit. P. de condict. sine caussa (12. 7.). F. U. Pestel de cond. sine caussa. Rint. 1726. Glück Comm. 13. B. §. 836.

[l] S. oben §. 82. Höpfner Comm. §. 955. not. 2. vergl. mit Meinen Vers. 2. B. 5. Abh. n. 1.

Zweyter Abschnitt.

Ueber die Erlöschung persönlicher Rechte.

Erste Abtheilung.

Erlöschungsgründe mit Ausnahme der Verjährung [*].

§. 987.

I) Recapitulation der, schon angeführten Arten.

Die, bereits oben (§. 202. fgg.) im Allgemeinen bezeichneten Gründe, wodurch persönliche Rechte und Verbindlichkeiten aufgehoben werden, sind theils allen gemeinschaftlich (*modi tollendi obligationem communes*), theils beziehen sie sich nur auf gewisse Arten (*m. t. o. proprii*). Da diese Erlöschungsgründe oft auch aus einem andern Gesichtspunct wichtig sind, so haben bisher manche derselben gelegentlich angeführt werden müssen. Dahin gehörten: die Zahlung und Deposition [*m*]; die Befreyung durch ein Testament [*n*]; Vergleiche und Nachlafsverträge [*o*], Eide [*p*], Entsagung und Cession [*q*]; ein absolutorisches schiedsrichterliches Erkenntnifs [*r*]; die Confusion [*s*]; der Untergang des Objects [*t*]; das Wegfallen einer Bedingung, oder Zeitbestimmung [*u*], und die Novation [*x*]. Aufser

[*] Ich nehme hier die Verjährung blofs des Numerirens wegen aus, um sie bequemer in einem eignen Capitel abhandeln zu können.

[*m*] §. 87—111.

[*n*] §. 754.

[*o*] §. 918—925.

[*p*] §. 933.

[*q*] §. 74—81.

[*r*] §. 926—932.

[*s*] §. 117.

[*t*] §. 172—177.

[*u*] §. 119—129.

[*x*] §. 934—937.

diesen gehören noch hieher: der *mutuus dissensus*; die Acceptilation; der Tod; der Widerruf; das Erlöschen des Rechts dessen, welcher über eine Sache disponirte; der Untergang accessorischer Verbindlichkeiten mit der Hauptverbindlichkeit; die Concurrenz lucrativer Erwerbgründe; die Compensation; die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und die Verjährung. Von den, nun noch übrig bleibenden Arten, nämlich dem gerichtlichen Eide, den richterlichen Urtheilen, und dem Concurs ist im Procefs zu handeln. Welche Arten übrigens *communes* oder *proprii* sind, kann Jeder durch eigne Beurtheilung aus der Natur derselben entscheiden. Zur Classification der Arten taugt diese Ansicht nicht, weil sie nichts zur Erklärung beyträgt.

§. 988.

II) Nachtrag der übrigen. Diese sind: 1) mutuus dissensus.

Ist ein Vertrag durch die, blofs einfache Einwilligung geschlossen, so kann er, bevor er von einer Seite, oder von beiden Seiten erfüllt ist, durch die simple Einwilligung beider Theile (*mutuo dissensu*) so aufgehoben werden, dafs man ihn als gar nicht vorhanden ansieht [y]. Ist aber bereits die Erfüllung angefangen, oder vollendet, so werden die Wirkungen des alten Geschäfts nur insofern aufgehoben, als ein neues Geschäft geschlossen ist, und dann sind zwey Geschäfte da [z]. Bey den Römern mufste im letzten Fall das zweyte Geschäft, um jene Wirkung zu haben, ein bestätigter Vertrag seyn, wenn es einen bestätigten Vertrag aufheben sollte [a]. Allein jetzt ist ein simpler Vertrag dazu hinreichend [b].

§. 989.

2) Acceptilation.

Verbindlichkeiten, welche durch einen Formular-Contract entstanden sind, können nur durch Acceptilation, d. h. einen entgegengesetzt geschlossenen, befreyenden Formular-Contract aufge-

[y] L. 3. L. 5. §. 1. de rescind. vend. (18. 5.) L. 7. §. 6. L. 58. de pact. (2. 14.) L. 72. de contr. emt. (18. 1.) L. 80. L. 95. §. 12. de solut. (46. 3.).

[z] Höpfner Comm. §. 1000.

[a] L. 58. de pact. (2. 14.) L. 2. C. quando lic. ab emt. disc. (4. 45.). Pufendorf T. 1. Obs. 41.

[b] Weber in d. Not. zu Höpfner §. 1000. not. 3.

hoben werden [c]. Will man Verbindlichkeiten, welche auf andre Art entstanden, dadurch aufheben, so muſs man sie erst durch Stipulation und privative Novation (§. 936.) zu Formular-Verbindlichkeiten umschaffen, und dann die Stipulation durch Acceptilation aufheben. Um auf Einmal alle vorhandenen Verbindlichkeiten einer Person zum Zweck der Acceptilation in eine Formular-Verbindlichkeit zu verwandeln, erfand Aquilius eine besondere Formel, welche man *stipulatio Aquiliana* nennt [d]. Mit den Formular-Contracten fällt dieſs alles bey uns weg.

§. 990.

3) Der Tod. Durch den Tod erlöschen in der Regel Verbindlichkeiten nicht [e]; doch finden folgende Ausnahmen statt: A) wenn dabey auf die besondern Fähigkeiten des Verpflichteten gerechnet ist. Daher erlischt auch das Compromiſs (§. 926.) durch den Tod des Schiedsrichters, selbst Eines von mehreren [f], falls nicht die mehreren als Collegium sollten gewählt seyn [g]. B) In gewissem Betracht, wenn die Verbindlichkeit aus einem Verbrechen entsprang [h]. Ferner C) erlöschen dadurch das Mandat, und zwar sowohl durch den Tod des Mandans, als des Mandatars; doch ist, wenn der erste stirbt, das Mandat wenigstens dann nicht als erloschen anzusehen, wenn es seiner Natur nach erst nach dem Tode des Principals erfüllt werden kann [i], oder dieser das Mandat mit auf seine Erben richtete [k]. In Ansehung der Frage: von welchem Augenblick der Tod des Mandans das Mandat aufhebt? gilt aber das, was

[c] Tit. P. de acceptilatione (46. 4.).

[d] §. 1. 2. I. quib. mod. toll. obl. (3. 30.). Hugo Civ. Mag. 2. B. 4. St. n. 19

[e] §. ult. I. de locat. (3. 25.) L. 19. §. 8. eod. (19. 2.) L. 10. C. eod. (4. 65.).

[f] L. 32. §. 3. de recept. (4. 8.) cap. 42. X. de offic. et potest. iud. deleg. (1. 29.).

[g] Lauterbach coll. L. 4. T. 8. §. 42. Die Gründe s. oben §. 221.

[h] S. oben §. 68.

[i] L. 12. §. 17. L. 27. §. 3. L. 57. Mandat (17. 1.) L. 18. §. 2. de mort. causs. don. (39. 6.). H. de Cocceii de mandato ad heredes transeunte. Erf. 1718. (Exerc. T. 3.). C. W. Strecker de mandato, an morte mandantis cesset? Erf. 1731. Zweifelhaft in Betreff der angegebenen Ausnahmen ist Emminghaus ad Cocceji L. 17. T. 1. qu. 17.

[k] I. R. A. §. 99. 100.

gleich (§. 991.) über den Widerruf des Mandats zu sagen ist. D) Die Societät, selbst wenn sie auf die Erben gerichtet ist, und nur ein einziger Gesellschafter stirbt, ohne dafs jedoch die Erben von Entschädigungsfoderungen, welche gegen ihren Erblasser zulässig waren [l], und von der Verpflichtung, angefangene Geschäfte zu vollenden [m], befreyt sind. Indefs kann verabredet werden, dafs die Gesellschaft, wenn der Eine sterbe, für die Andern fortdauern solle [n]. Nur bey einer Zollpachtung wird die Societät vererbt [o], und eben so jetzt häufig eine, auf bestimmte Zeit eingegangene Kauf-Gesellschaft [p]. Ferner E) erlischt das Compromifs (§. 926.) durch den Tod eines der Compromittenten [q], sofern der, mehrere betreffende Gegenstand nicht von selbst getheilt [r], oder das Compromifs auf die Erben gerichtet ist; nur mufs es auf die Erben aller gerichtet seyn [s]. Endlich F) erlischt das Precarium durch den Tod des Empfängers [t], nicht aber durch den Tod des Concedenten [u], wenn nicht zugleich ein andrer Erlöschungsgrund eintrit [x].

§. 991.

4) Einseitiges Aufrufen. A) Nach Willkühr.

Durch einseitiges Aufrufen kann ohne Vertrag in der Regel kein persönliches Rechtsverhältnifs aufgehoben werden [y]; doch gibt es gewisse Fälle, da A) das Zurücktreten selbst ohne allen Rechtsgrund erlaubt ist. Hieher gehört a) das Precarium [z]. Ferner b) wird die nicht auf eine kurze Zeit eingegangene Societät, selbst wenn sie auf immer geschlossen ist, durch einsei-

[l] L. 40. L. 59. L. 65. §. 9. 11. pro socio (17. 2.).

[m] L. 40. eod.

[n] §. 5. eod. (3. 26.) L. 65. §. 9 eod.

[o] L. 59. pr. eod.

[p] Vergl. Wernher P. 1. Obs. 167. mit Leyser Sp. 186. Cor Müller ad Leyser Obs. 386.

[q] L. 27. §. 1. de recept. (4. 8.) cap. ult. x. de arbitr. (1. 43.).

[r] Lauterbach coll. L. 4. T. 8. §. 43.

[s] L. 49. §. 2. de recept. (4. 8.).

[t] L. 12. §. 1. de precar. (43. 26.).

[u] L. 8. §. 1. L. 12. §. 1. eod.

[x] L. 4. locati (19. 2.) cap. 5. de rescript. in 6. (1. 3.).

[y] L. 23. de R. I. (50. 17.).

[z] S. oben §. 898.

tiges Abtreten aufgehoben [a]; doch muſs die Aufkündigung den Andern bekannt geworden, auch nicht in arglistigen Absichten, oder ohne Grund zur Unzeit geschehen seyn, widrigenfalls der Abtretende von dem Gewinn der Gesellschaft ausgeschlossen ist, an dem Schaden derselben Theil nimt, und das, was er für sich gewann, communiciren muſs [b]. Eben so c) erlischt das Mandat durch einseitiges Zurücktreten des Mandatars, welcher jedoch, wenn dieſs arglistig, oder zur Unzeit geschah, wegen des Schadens verantwortlich ist [c], so wie durch ausdrücklichen, oder stillschweigenden Widerruf des Mandanten [d], ausgenommen natürlich, wenn er, wie bey der Cession (§. 76.), zur Ertheilung des Auftrags verpflichtet war, woraus man aber nicht allgemein folgern kann, daſs die Assignation (§. 865.) überhaupt nicht willkührlich zurückgenommen werden dürfe [e]. Durch einen solchen Widerruf (und eben dieſs gilt denn auch vom Tode des Mandanten) wird, mit Ausnahme des Falls, da ein Institor bestellt ist (§. 876.), sofort die, dem Mandatar ertheilte Gewalt aufgehoben [f]; das Recht, aus dem Mandat Entschädigung zu fodern, findet aber wegen aller Handlungen statt, welche der Mandatar bis zu dem Augenblick vornahm, da ihm der Widerruf (oder Tod) bekannt ward [g]. Daſs die ungenannten Contracte nicht mehr hieher gehören, ist schon oben (§. 168.) erinnert.

[a] L. 14. §. 2. comm. divid. (10. 3.) L. ult. C. eod. (3. 37.) L. 14. L. 70. pro socio (17. 2.).

[b] §. 4. I. de soc. (3. 26.) L. 14. L. 17. L. 65. §. 3. 4. 6. eod. (17. 2.).

[c] L. 22. §. ult. L. 27. §. 2. mandat. (17. 1.).

[d] S. not. c. und C. Thomasius de revocat. tacita mandati iudic. ad cap. 8. de procur. in 6. Hal. 1715. Müller ad Leyser Obs. 376.

[e] H. de Cocceii de assignatione. §. 37. A. M. ist Höpfner Comment. §. 928. not. 1.

[f] L. 41. de R. C. (12. 1.) L. 7. de divortiis (24. 2.) L. 4. pr. de manumiss. vind. (40. 2.) cap. 9. de procurat. in 6. (1. 19.).

[g] L. 26. pr. §. 1. L. 34. §. 1. L. 58. pr. Mandat. (17. 1.) §. 10. I. eod. (3. 27.) L. 12. de SCt. Maced. (14. 6.). E. C. Westphal Abh. v. d. Gültigk. einer Handlung, die ein Anwald in Vollmacht verrichtet, da der Principal schon vorher die Vollmacht widerrufen, oder verstorben, wovon jedoch der Anwald keine Wissenschaft erhalten. Hal. 1784. Wernher lect. comm. L. 17. T. 1. §. 26. A. M. sind Leyser Sp. 180. m. 4. Medit. über versch. R. M. 4. B. n. 215. Müller ad Leyser Obs. 375.

§. 992.

B) Aus Gründen. a) Wegen veränderter Umstände;

Außerdem ist B) der Widerruf und das einseitige Zurücktreten in manchen Fällen aus besondern Gründen erlaubt, und zwar a) wegen veränderter Umstände. In der Regel berechtigen diese freilich nicht dazu [*h*]; doch finden Ausnahmen statt: 1) wenn der, welcher etwas für eine Gegenleistung zu erfüllen hat, das, was ihm obliegt, durchaus nicht leisten kann, in welchem Fall der Andre von dem Geschäft abgehen darf. Aus diesem Grunde kann der Miether die Miethe aufheben, wenn die vermiethete Sache durch Baufälligkeit [*i*], feindliche Einfälle [*k*], oder auf andre Art [*l*], wohin man bis jetzt die Furcht vor Gespenstern nicht zählen kann [*m*], unbrauchbar wird. Eben daher läßt es sich beweisen, daß unter Voraussetzung der Unfehlbarkeit der Eviction, der Kaufpreis nicht erlegt zu werden braucht [*n*]. Ferner 2) darf der Vermiether die Miethe aufheben, wenn die Sache einer nothwendigen Ausbesserung bedarf [*o*], oder wenn er selbst ihrer wegen eines unvorgesehenen Zufalls nicht entbehren kann [*p*], welches Letzte aber auf andre Geschäfte keine Ausdehnung, aber auch in Betreff Studirender keine Ausnahme leidet [*q*]. Ferner 3) kann der Patron, von welchem man ohne Grund [*r*] auf jeden Andern zu

[*h*] Weber v. d. nat. Verb. 90. Der stärkste Beweis liegt in dem, was §. 146. not. z. in Betreff des Irrthums über die Beweggründe gesagt ist.

[*i*] L. 15. §. 1. L. 25. §. 2. L. 27. pr. L. 33. 34. 35. locat. (19. 2.). Ueberh. G. W. Dinkler de modis dissolv. contr. locat. conduct. Lips. 1726. M. Kulenkamp de resignatione locat. conductionis tempore nondum elapso. Altd. 1702.

[*k*] L. 13. §. 7. L. 27. §. 1. L. 33. 34. 35. eod.

[*l*] Z. B. Wanzen. Hommel Rhaps. Obs. 332.

[*m*] Vergl. hier Walch ius contr. p. 641.

[*n*] S. oben §. 186. a. E.

[*o*] L. 3. C. de locat. (4. 65.).

[*p*] L. 3. C. cit. L. 35. D. eod. (19. 2.). C. H. Breuning D. an locator ob propriam rei locat. indigent. conductorem expellens, cogi possit, ut, si sufficiat ea, partem conductori concedat. Lips. 1776.

[*q*] Tuldenus in Cod. L. 4. T. 23. n. 1. Höpfner Comm. §. 772. not. 1. In Betreff der Studenten wegen Auth. Habita C. ne fil. pro patre (4. 13.) eine Ausnahme. Vergl. Lauterbach coll. L. 19. T. 2. §. 32.

[*r*] Voet L. 39. T. 5. §. 26. A. M. ist Köchy Medit. 1. S. n. 29.

schliessen pflegt, eine, dem Freygelassenen gemachte Schenkung, wenn ihm eheliche Kinder nachgeboren werden, und er sich nicht des Rechts des Widerrufs begab [s], zurückfodern [t], jedoch nur durch eine persönliche Klage vom Empfänger [u], und ohne die gezogenen Früchte [x]. Eben so kann jeder Schenker das Geschenk durch eine persönliche Klage [y] vom Beschenkten, nicht aber von dessen Erben zurückfodern, wenn jener sich eine, in den Gesetzen angegebene grobe Undankbarkeit gegen den Schenker hat zu Schulden kommen lassen [z]. Uebrigens sind in beiden Fällen die sogenannten nothwendigen Schenkungen dem Widerruf nicht unterworfen [a]. Eben so 4) erlischt jedes Recht, wenn der Berechtigte kein weiteres Interesse bey Ausübung desselben hat [b]. Darum erlischt denn auch das Compromiss (§. 926.), wenn neue Umstände den schiedsrichterlichen Spruch unnütz machen [c]. Endlich 5) hat der Schiedsrichter das Vorrecht, wegen wichtiger Gründe, welche ihm die Ausführung seines Auftrags beschwerlich machen, ganz zurücktreten zu dürfen [d].

§. 993.

b) wegen Treulosigkeit.

Nach der Meynung Mancher kann auch b) ein Paciscent von dem Vertrage abgehen, und denselben aufrufen, wenn der andre seinen Obliegenheiten nicht nachkommt. Allein als Regel ist dieser Satz falsch, da vielmehr, sofern nicht eine Verwirkung des Verzugs wegen eintrit (§. 104.), die Treulosigkeit des einen den andern nur berechtigt, auf Erfüllung des Vertrags, und auf Entschädigung zu dringen [e]. Nur einige Ausnahmen gibt es. Dahin gehört,

[s] Lauterbach coll. L. 39. T. 5. §. 57. A. M. ist Gail L. 1. Obs. 40. n. 13.

[t] L. 8. C. de revoc. donat. (8. 56.).

[u] Grass de reditu domin. legal. §. 29. A. M. ist Carpzov P. 2. c. 12. Def. 40.

[x] Voet l. c. §. 35.

[y] Vinnii qu. sel. L. 2. c. 5. Bachov de pignor. L. 5. c. 13. n. 5. A. M. ist Faber error. pragm. Dec. 23. Er. 4.

[z] L. 7. L. ult. C. de revocand. donat. (8. 56.).

[a] Hellfeld iurispr. for. §. 1706. a. E.

[b] L. 71. pr. de cond. et dem. (35. 1.) L. 38. §. 17. de V. O. (45. 1.). Cuiac Obs. L. 17. c. 19.

[c] L. 17. pr. de recept. (4. 8.).

[d] L. 15. 16. eod.

[e] L. 9. de praescr. verb. (19. 5.) L. 39. C. de transact. (2. 4.) L. 14. C. de resc. vendit.

1) daſs die Schenkung widerrufen werden kann, wenn der Beschenkte die angegebene Zweckbestimmung nicht erfüllt [*f*]; 2) daſs der Schiedsrichter abtreten darf, wenn ihn die Compromittenten sehr beleidigen [*g*], und 3) daſs der Miether und Pachter vertrieben werden dürfen, wenn sie zwey Jahre das Mieth- und Pachtgeld nicht abtragen [*h*], oder die Sache verderben, welches Letzte man auch auf Miſshandlungen eines Dienstboten ausdehnt [*i*]. Auch dem Emphyteuta kann, wegen Treulosigkeit, sein Recht in mehreren Fällen genommen werden [*k*].

§. 994.

5) Erlöschen des Rechts des Concedenten.

Hat Jemand einem Andern ein persönliches Recht an einer Sache verliehen, so erlischt das Recht des Letzten in dem Augenblick, da die Befugniſs des Ersten aufhört, einem Andern ein solches Recht zu ertheilen. Es sind hier aber folgende zwey Fälle zu unterscheiden: A) der Eigenthümer einer Sache, welcher einem Andern daran persönliche Rechte einräumte, veräuſsert diese an einen dritten *successor singularis*. Dann braucht der Letzte den Vertrag des Ersten nicht zu halten [*l*], wenn er es nicht versprach [*m*], oder die Sache vom Fiscus erstand [*n*]; doch kann der, welcher so vom Nachfolger verdrängt wird, gegen seinen Contrahenten Entschädigung suchen [*o*], während er von seiner Seite von dem singulären Nachfolger, als solchem, gleichfalls nicht zur

(4. 44.). Cocceii L. 18. T. 5. qu. 33. Höpfner Comm. §. 1010. not. 4.

[*f*] S. oben §. 201.

[*g*] L. 9. §. 4. 5. L. 10. L. 11. pr. L. 15. de recept. (4. 8.).

[*h*] L. 54. §. 1. L. 56. locat. (19. 2.). N. C. Lynker de expulsione conductoris, si pensionibus non paruerit. Ien. 1677.

[*i*] L. 3. C. eod. (4. 65.). H. Hahn de conductore expellendo ante finitam locationem. Helmst. 1742. Leyser Sp. 219. m. 2. Lauterbach coll. L. 19. T. 2. §. 52.

[*k*] S. oben §. 633.

[*l*] L. 25. §. 1. locat. (19. 2.) L. 120. §. 2. de legat. 1. (30.) L. 9. C. de locat. cond. (4. 65.) L. 15. C. de donat. (8. 54.) L. ult. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.). Ueber die Ideen Andrer s. Höpfner Comm. nach Webers Ausgabe §. 890. not. 3. 4.

[*m*] L. 9. C. cit.

[*n*] L. 50. de iure fisci (49. 14.) L. 1. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.). Mevius P. 5. Dec. 271. 272. Runde Beytr. zur Erl. rechtl. Gegenst. 1. B. n. 16.

[*o*] L. 25. §. 1. locat. (19. 2.).

Fortsetzung des Vertrags gezwungen werden kann [*p*]. Liefs er sich auf den Fall der Veräufserung ein Pfandrecht versprechen, so sichert ihn diefs freilich, aber doch auch nur wegen seines Interesse [*q*]. Aufserdem kann B) der Fall vorkommen, dafs Jemand einem Andern an einer fremden Sache Rechte ertheilt. Ist diefs, so hört dieses Recht unbedingt in dem Augenblick auf, da der erste seine Rechte an der Sache verliert [*r*], und selbst die Hypothek erlischt dann [*s*], wiewohl auch hier Ansprüche auf das Interesse nicht ausgeschlossen sind [*t*]. Wer übrigens später, als ein Andrer, blofs persönliche Rechte an einer Sache erhält, kann diesen natürlich nicht verdrängen [*u*].

§. 995.

6) Concurs lucrativer Erwerbgründe.

Sonderbar, aber keinem Zweifel unterworfen, ist die allgemeine Vorschrift des Römischen Rechts, dafs ein, aus einem lucrativen Grunde erworbenes Recht in eben dem Augenblick erlischt, da man den Gegenstand desselben aus einem andern lucrativen Grunde erworben hat [*x*].

§. 996.

7) Vernichtung der accessorischen mit der Hauptverbindlichkeit.

Accessorische Verbindlichkeiten haben das Eigenthümliche, dafs sie durch gänzliche Vernichtung der Hauptverbindlichkeiten zugleich mit erlöschen [*y*]. Werden diese in der Folge auch wieder hergestellt, so wachen dennoch die accessorischen Verbindlichkeiten nicht wieder auf [*z*].

[*p*] L. 32. eod.

[*q*] L. 9. §. ult. de pignor. act. (13. 7.) L. 12. §. 1. quib. mod. pign. solv. (20. 6.). Malblank princ. §. 558.

[*r*] L. 1. §. 1. L. 15. §. 8. L. 33. L. 34. L. 35. locati (19. 2.) L. 25. §. ult. soluto matrim. (24. 3.).

[*s*] S. oben §. 666. nr. V.

[*t*] L. 9. §. 1. locat. (19. 2.).

[*u*] Von dieser Art ist die Römische inmissio, nicht aber die cessio bonorum und unser erkannter Concurs. S. unten den Concursprocefs.

[*x*] L. 17. de O. et A. (44. 7.). Boehmer ius D. L. 46. T. 3. §. 19. Höpfner Comm. §. 562. not. 4. I. V. Bechmann de concursu duarum caussarum lucrativarum. Ien. 1685.

[*y*] L. 43. L. 93. §. 2. de solut. (46. 3.) L. 21. §. 2. de fideiussor. (46. 1.). Averanii interpret. L. 3. c. 8. Franke de obligatione accessoria, principali quoad effectus civiles summota, nonnunquam valida. Vit. 1786.

[*z*] L. ult. de pact. (2. 14.). Voet L. 46. T. 3. §. 29.

§. 997.

8) Compensation. Deren Natur, Sind sich zwey Personen gegenseitig fungibile Sachen (§. 261.) in der Gattung und auf dieselbe Art schuldig, so erlöschen ihre gegenseitigen Foderungen, mit allen Wirkungen der Zahlung in dem Augenblick, da sie gleich sind, bis auf die concurrente Summe [*a*]. Dieses Erlöschen, welches man *compensatio* (oder auch *pensatio*) nennt [*b*], kann in Ansehung seiner Erfodernisse natürlich durch willkührliche Geschäfte bestimmt werden (*compensatio voluntaria s. hominis*); es trit aber auch ohne diefs nach den Gesetzen ein (*compensatio necessaria s. iuris*), und zwar *ipso iure*, sobald gleiche Foderungen einander gegenüber stehen [*c*], jedoch nur insofern, als sich ein Theil darauf berufen will und kann. Hieraus folgt denn, a) dafs der, welcher, von der Compensabilität der Foderungen nicht unterrichtet, aus einem Irrthum das Compensirte bezahlte, das Gezahlte *condictione indebiti* zurückfodern kann [*d*]; dafs aber dagegen, wenn der, welcher, als Beklagter, die Einrede der Compensation vorschützen konnte, sich wissentlich derselben nicht bediente, eben dadurch die Compensation abgewandt wird [*e*]. Versäumt Jemand mehrmals, die Einrede der Compensation vorzuschützen, so kann unter Umständen daraus die Vermuthung entspringen, dafs er seine ganze Gegenfoderung erlassen habe; aber in der Regel ist diefs nicht anzunehmen [*f*]. Ferner folgt daraus, b) dafs der Richter da, wo er sich nicht von Amtswegen des Beklagten annehmen mufs, die Einrede der Compensation nicht suppliren darf [*g*]; und endlich c) dafs der Beklagte stets mit dieser Einrede gehört, also auch im Processe, wenn es noch Zeit dazu ist [*h*], zum Beweise dersel-

[*a*] L. 11. 12. de compens. (16. 2.) L. 4. C. eod. (4. 31.).

[*b*] H. Vulteius de compensationibus. Marb. 1589. P. Belloius de eod. arg. (Meermann Thes. T. 4.). P. H. Ankelmann de compensat. et speciatim de debito tertii compensando. Goett. 1791.

[*c*] L. 4. C. h. t. (4. 31.).

[*d*] Cocceii L. 16. T. 2. qu. 16.

[*e*] L. 2. h. t. (16. 2.) L. 1. §. 4. de contrar. tut. act. (27. 4.). Voet L. 16. T. 2. §. 3.

[*f*] L. 26. de probat. (22. 3.). Müller ad Leyser Obs. 367. Abweichend sind Voet l. c. §. 3. Leyser Sp. 173. m. 5.

[*g*] Mevius P. 9. Dec. 454. A. M. ist Struben 4. B. 43. Bed.

[*h*] L. ult. C. h. t. (4. 31.).

ben gelassen werden muſs. Zur Beweisführung sind dann die ordentlichen Fristen zu gestatten; doch muſs gegen den Fiscus die Einrede binnen zwey Monaten klar gemacht werden [*i*]. Wird aber eine liquide Foderung executivisch eingeklagt, so muſs freilich auch die Einrede der Compensation liquid seyn. Allein wenn sie es auch hier nicht ist, so trit dennoch die Compensation ein, und das Gezahlte kann, wenn sie als illiquid verworfen ward, *condictione indebiti* zurückgefodert werden [*k*]. Ward sie aber als ungegründet verworfen, so fällt freilich die Compensation ganz weg [*l*].

§. 998.

und Erfodernisse. Unter diesen Voraussetzungen lassen sich die Erfodernisse der Compensation sehr leicht klar machen. Die Compensation setzt nämlich voraus: A) generische Gegenfoderungen fungibiler, oder als fungibel zu behandelnder gleicher Sachen. Eine Species, selbst wenn sie eine fungibile Sache ist, kann also gegen des Gläubigers Willen nicht mit einer andern, oder einer Gattung compensirt werden [*m*], wenn auch hier das Retentions-Recht (§. 311.) in manchen Fällen zulässig ist [*n*]; und eben so wenig findet eine Compensation verschiedenartiger Gattungsfoderungen statt [*o*]. Ferner B) müssen wahre Gegenfoderungen existiren, wenn auch die eine nicht so wirksam, als die andre seyn sollte. Hier gilt dann die Regel: compensabel ist jede Schuld, welche, wenn sie aus Irrthum erfüllt ist, die *condictio indebiti* ausschlieſst (§. 973.); nicht-compensabel eine jede, welche der *condictio indebiti* nicht entgegengesetzt werden kann [*p*]. Sodann müssen C)

[*i*] L. 46. §. 4. de iure fisci (49. 14.).

[*k*] Voet l. c. §. 2. Vinnii qu. sel. L. 1. c. 30. Pufendorf T. 1. Obs. 178. Weber v. d. nat. Verb. §. 97. Dessen Beytr. zu d. Lehre v. d. Kl. 1. St. n. 6.

[*l*] L. 7. §. 1. h. t. (16. 2.) L. 1. §. 4. de contrar. tut. act. (27. 4.).

[*m*] L. 18. pr. de pignor. act. (13. 7.) L. 51. de legat. 1. (30.) L. 6. C. de R. V. (3. 32.) L. ult. §. 2. C. h. t. (4. 31.). Voet l. c. §. 18. Abweichend ist Cocceii l. c. qu. 9.

[*n*] L. ult. C. h. t. (4. 31.). Huber L. 16. T. 2. §. 16. Emminghaus ad Cocceii l. c. qu. 8.

[*o*] L. 2. §. 1. de R. C. (12. 1.) L. 13. §. 2. de pignor. act. (13. 7.).

[*p*] L. 6. L. 14. h. t. (16. 2.) L. 2. C. eod. (4. 31.) L. 20. §. 2. de statu lib. (40. 7.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 49. Glück Comm. 15. B. S. 62—72.

die gegenseitigen Schulden auf gleiche Art fällig seyn. Darum kann eine bedingte Foderung eben so wenig mit einer unbedingten, oder ungleich bedingten, als eine betagte mit einer unbetagten, oder ungleich betagten compensirt werden, wenn nicht die Bedingung, oder die Zeitbestimmung zum Vortheil dessen, welcher die Einrede der Compensation vorschützt, beygefügt ist [q]. Daher kann denn auch dem, welcher einen Anstandsbrief erhielt, die Einrede der Compensation nicht wegen einer, nach dem Anstandsbriefe fällig gewordenen Foderung entgegengesetzt werden [r].

§. 999.

Fortsetzung. Das letzte Erfodernifs ist, D) dafs die Schulden gegenseitig sind [s]. Darum können denn zwey Personen, welche gegen einander Verbrechen begingen, die öffentliche Strafe nicht compensiren [t]. Eben so wenig kann der Vormund, wenn er für sich belangt wird, die Foderungen seines Pupillen zur Compensation bringen [u], als ihm die Anrechnung seiner eignen Foderungen erlaubt ist, wenn er Namens des Mündels belangt wird [x]. Eben diefs gilt von Procuratoren und Correis [y], so wie vom Delegatus, auch wenn er in dem Augenblick delegirt ward, da der Delegant hätte compensiren können [z]. Ausnahmen hievon gibt es nicht, wenn man nicht den Rath so ansehen will, dafs man den nicht für einen Dritten ansehen mufs, welcher juristisch ganz die Stelle eines Andern vertrit, und sein Recht und seine Verpflichtung allein von demselben herleitet. Hieraus folgt denn freilich, a) dafs der Bürge die Foderungen des Hauptschuldners

[q] L. 7. pr. L. 16. §. 1. h. t. (16. 2.). Boehmer Cons. et Dec. T. 2. P. 1. Resp. 203. Voet l. c. §. 17.

[r] Denn er macht die, nicht durch Compensation getilgten, vorhandenen Schulden zu betagten.

[s] L. 18. §. 1. h. t. (16. 2.) L. 9. C. eod. (4. 31.).

[t] L. 2. §. 4. L. 13. §. 5. ad L. Iul. de adult. (48. 5.). S. I. Kapff de compensatione circa maleficia vel quasi. Tub. 1778.

[u] L. 23. h. t. (16. 2.).

[x] Wegen der Regel der Gesetze in not. s. Maestertius de compensat. qu. 9. Struv Ex. 21. Th. 24. A. M. ist Hellfeld iur. for. §. 933.

[y] Cocceii L. 16. T. 2. qu. 5. 7.

[z] Abweichend ist für den Fall, wenn der Delegant die Compensabilität nicht wufste, Ankelmann l. c. cap. 2. §. 16.

zur Compensation bringen kann [a], und daſs b) eben dieſs einem Gesellschafter (also auch in der Gütergemeinschaft den Eheleuten) erlaubt ist, wenn sein Mitgesellschafter als solcher eine Gegenfoderung hat [b]. c) Daſs der Erbe nach seinem Antheil die Foderungen des Erblassers compensirt, und umgekehrt [c]. d) Daſs der, welcher als Cessionar in eignem Namen klagt, verbunden ist, seine eignen Schulden zu compensiren. Die Schulden des Cedenten können ihm nur insofern entgegengesetzt werden, als sie bis zu dem Augenblick, da der *debitor cessus* Nachricht von der Cession erhielt, compensabel waren [d]. Endlich e) ist hieraus die Bestimmung geflossen, daſs der Vater, welcher als solcher belangt wird, die Foderungen des Sohnes wegen des *peculii profectitii*, und umgekehrt der, wegen dieses *peculii* belangte Sohn die Foderungen des Vaters gegen Caution, daſs der Vater dieſs genehmigen werde, zur Compensation bringen kann [e].

§. 1000.

Ausnahmen. In einigen Fällen ist jedoch die Compensation, auch wenn die Foderungen an sich compensabel sind, unzulässig, nämlich A) wenn derselben entsagt ist. Selbst der Eid steht nur unter dieser Voraussetzung der Compensation entgegen [f]. B) Wenn gegen den Depositar geklagt wird, welcher sich wegen einer, aus dem Deposito entsprungenen generellen Schuld nie auf die Compensation berufen darf [g]. Ferner C) ist es verboten, einem, unter dem Fiscus stehenden Bureau die Schulden andrer Bureaus, oder des Fiscus anzurechnen. Hat man es aber mit dem Fiscus

[a] L. 4. 5. h. t. (18. 2.). Cocceii eod. qu. 3.

[b] L. 10. de duob. reis (46. 2.). Voet L. 16. T. 2. §. 10. S. auch Müller ad Leyser Obs. 367.

[c] Voet l. c. §. 11. Stryk eod. §. 5.

[d] Nach den Grundsätzen in §. 78. Stryk eod. §. 6. Ankelmann l. c. §. 20. 21. Ankelmann l. c. §. 17. 18. 23.

[e] L. 9. pr. §. 1. h. t. (16. 2.).

[f] Vergl. Cocceii l. c. qu. 1. H. L. Weber Unt. d. Fr. Kann derjenige, welcher eine Schuld eidlich zu bezahlen verspricht, sich durch vorgeschützte Compensation von selbiger befreyen? Rost. 1793. Medit. über versch. R. M. 1. B. n. 49.

[g] §. 30. I. de act. (4. 6.). Emminghaus ad Cocceii l. c. qu. 9.

selbst zu thun, so ist es beiden Theilen erlaubt, sich auf die Schulden und Foderungen eines Bureaus zu berufen [*h*]. Auch kann der, welcher dem Fiscus Kaufgelder schuldig ist, in Rücksicht derselben die Einrede der Compensation nicht vorschützen [*i*]. Endlich D) haben der Staat und Municipien [*k*] das besondere Vorrecht, in folgenden Fällen der Compensation widerstreiten zu dürfen: a) wenn ihr Schuldner baar angeliehene Gelder [*l*], oder b) Steuern, Zölle, und öffentliche Natural-Lieferungen zu entrichten hat [*m*]. Eine Ausnahme pflegt man zu machen, wenn der Schuldner wegen solcher Natural-Lieferungen im Vorschuſs ist [*n*], während man, wiewohl ohne Grund [*o*], jene Bestimmung häufig dahin ausdehnt, daſs überhaupt kein Schuldner, welcher Alimente zu zahlen habe, diese zur Compensation bringen dürfe [*p*]. Ferner c) haben der Staat und Municipien jenes Vorrecht, wenn der Schuldner etwas zahlen soll, was zu einem festgesetzten Zweck bestimmt ist [*q*], so wie, d) wenn er wegen eines Fideicommisses verpflichtet ist [*r*]. E) Wenn Jemand auf Herausgabe einer, widerrechtlich in Besitz genommenen Sache belangt wird [*s*]. Endlich F) setzen Viele noch die Ausnahme hinzu, daſs im Concurse die Einrede der Compensation wegfalle; allein im Ganzen gibt es dafür keinen rechtlichen Grund [*].

§. 1001.

9) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Ein besonders wichtiges Mittel, wodurch alle Arten der Rechte aufgehoben werden können, ist die **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** (*restitutio in inte-*

[*h*] L. 1. C. h. t. (4. 31.) L. 12. pr. D. eod. (16. 2.) L. 46. §. 5. de iure fisci (49. 14.). Pufendorf T. 3. Obs. 29.

[*i*] L. 7. C. h. t. (4. 31.). Willkührliche Ausnahmen hievon macht Hellfeld iur. for. §. 931.

[*k*] Leyser Sp. 174. m. 2. Stryk L. 16. T. 2. §. 7.

[*l*] Das bedeuten die Worte: si ex calendario in L. 3. C. h. t. (4. 31.). Averan. int. L. 2. c. 28. n. 5.

[*m*] L. 3. C. cit.

[*n*] Stryk l. c. §. 10. Wernher lect. comm. eod. §. 3.

[*o*] Stryk eod. §. 9. Cocceii eod. qu. 2.

[*p*] Wernher l. c. Voet eod. §. 16.

[*q*] Man muſs aber in L. 3. C. cit. lesen: eius quae statutis.

[*r*] L. 3. C. cit. Stryk eod. §. 9.

[*s*] L. ult. §. 2. C. eod.

[*] Ueber die mancherley Ideen vergl. Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 686 — 708. Glück Comm. 15. B. §. 934.

grum), sofern man diesen Ausdruck im eigentlichen Sinne (§. 206.) nimt [*t*], und darunter die Wiederherstellung eines, nach der Strenge des Rechts verloren gegangenen rechtlichen Zustandes versteht [*u*]. Im allgemeineren Sinn versteht man aber unter diesem Ausdruck jede, einer Person (durch Rescission oder Entschädigung) gegen die Strenge des Rechts der Billigkeit wegen ertheilte Rechtshülfe [*x*]. In diesem Sinn hebt sie denn freilich nicht immer Rechte auf; doch mufs dieser weitere Sinn, des Zusammenhangs wegen, hier zum Grunde gelegt werden.

§. 1002.

A) Grundsätze. Die Haupterfodernisse jeder Restitution sind in der Regel diese: A) Sie setzt eine Verletzung voraus, und zwar eine bedeutende [*y*], aus dem streitigen Geschäft selbst erwachsene [*z*], durch den Beschwerdeführer, sofern ihm Versehen angerechnet werden [*a*], nicht selbst verschuldete Verletzung [*b*]. B) Der Verletzte mufs nicht in der Lage seyn, durch ordentliche Mittel den Schaden vollständig von sich abwenden zu können [*c*]. Darum wird in der Regel nur gegen die, nach der Strenge des Rechts gültigen Geschäfte Restitution ertheilt, nicht aber gegen die, welche an sich nichtig sind [*d*]. Ist indefs der, welcher ein Geschäft aus gewissen Gründen als nichtig anfechten kann, durch die ordentlichen Rechtsmittel nicht so gedeckt, wie der, welcher aus gleichen Gründen restitutorische

[*t*] S. Oddus Tr. de restitutione in integrum. Venet. 1584. (in Tract. de in int. rest. Frkf. 1586. T. 2.). D. Jonquieres specimen de rest. in int. s. commentarius ad Titulos P. qui ad illam materiam pertinent. Lugd. B. 1767. 8. Ueber das Geschichtliche: C. G. Biener histor. iur. civ. de rest. in integrum. Lips. 1779.

[*u*] L. 7. de in int. rest. (4. 1.) L. 1. C. de sentent. pass. et restit. (9. 51.).

[*x*] Tit. P. de alienat. iudic. mut. caussa (4. 7.).

[*y*] Was bedeutend sey, ist im Ganzen der richterlichen Willkühr überlassen, L. 4. h. t. (4. 1.) L. 16. §. 4. de minor. (4. 4.), ausgenommen die actio de dolo. L. 9. §. ult. L. 10. de dolo malo (4. 3.). Voet L. 4. T. 1. §. 10.

[*z*] L. 7. h. t. (4. 1.).

[*a*] L. 44. de minor. (4. 4.).

[*b*] L. 7. cit. L. 26. ex quib. caussis maiores (4. 6.).

[*c*] L. ult. C. de his quae vi (2. 20.) L. 21. §. 3. quod met. caussa (4. 2.) L. 16. pr. de minor. (4. 4.).

[*d*] L. 16. pr. cit.

Rechtsmittel hat: so werden ihm insofern diese Rechtsmittel gleichfalls eingeräumt [*e*]. C) In der Regel wird, wenn überhaupt ein Restitutions-Grund vorhanden ist, gegen jedes Geschäft, und gegen jede Person Wiedereinsetzung ertheilt [*f*]. Von dem ersten Satz machen die Ehe [*g*], und in gewissem Betracht richterliche Urtheile [*h*], und die Verjährung [*i*] eine Ausnahme; von dem letzten aber die, durch die Praxis häufig chicanirte [*k*] Vorschrift: dafs Kinder gegen die Handlungen ihrer leiblichen Aeltern keine Restitution erhalten [*l*], ausgenommen wenn die Aeltern als Vormünder der Kinder handelten [*m*], wenn die Kinder einen Urtheilsspruch des Vaters anfechten, oder ihr Restitutions-Gesuch gegen einen Dritten richten [*n*].

§. 1003.

Fortsetzung. Die Wirkungen der Restitution sind verschieden, je nachdem blofs Entschädigung, oder wahre Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt wird. Im letzten Fall mufs jeder Theil das Empfangene, nebst den Accessionen und Früchten, so weit diese nicht durch die Zinsen compensirt werden [*o*], an den andern restituiren [*p*]; auch ist der, gegen welchen Restitution gesucht wird, verbunden, die Kosten der

[*e*] L. 14. §. 2. quod met. caussa (4. 2.) L. 4. C. eod. (2. 20.).

[*f*] L. 1. 2. h. t. (4. 1.).

[*g*] Leyser Spec. 295. m. 8. I. H. Boehmer de rest. contra sponsalia pura. (Exerc. T. 2.).

[*h*] S. darüber oben §. 200. nr. F.

[*i*] Das Weitere darüber unten §. 1046. 1047.

[*k*] Stryk L. 4. T. 4. §. 12. Glück Comm. §. 443. not. 19.

[*l*] L. 2. C. qui et advers. quos (2. 42.) vergl. mit L. 3. §. 6. de minor. (4. 4.).

[*m*] Nov. 155. cap. 1. Unrichtig beziehen Manche mit Glück a. a. O. Emminghaus ad Cocceii L. 4. T. 1. qu. 8. diefs Gesetz nur auf die, zur zweyten Ehe schreitende Mutter, als solche, Boehmer I. D. L. 4. T. 4. §. 4. Voet L. 4. T. 1. §. 15., welcher letzte aber auch wieder zu weit geht.

[*n*] L. 2. C. si adversus rem iudic. (2. 27.) L. 2. C. si advers. donat. (2. 30.). Beiden Gesetzen steht auch L. 2. C. qui et advers. quos (2. 42.) nicht entgegen. Cocceii l. c. qu. 8. A. M. ist Voet eod. §. 15.

[*o*] L. 23. §. 2. L. 28. §. 6. ex quib. causs. maior. (4. 6.) L. 24. §. 4. L. 27. §. 1. de minor. (4. 4.).

[*p*] In der Regel aber nicht das, was der Eine ausgab, und der Andre nicht empfing. L. 23. C. de rei vind. (3. 32.) L. 7. L. 8. L. 10. §. 2. L. ult. §. 4. quae in fraud. cred. (42. 8.).

Restitution zu tragen, sofern er diese durch seine Schuld veranlaſste; sonst aber trägt sie der Bittende [*q*]. Auſserdem kommt die Wohlthat der Restitution allen allgemeinen, und besondern Nachfolgern [*r*], und auch dem Bürgen zu statten, falls er nicht gerade in der, zu erweisenden Absicht intercedirte, um sich stärker, als es aus der Natur der Hauptverbindlichkeit folgt, zu verpflichten [*s*]. Dritten Personen nutzt sie nicht, wenn sie nicht mit dem Restituirten ein untheilbares Interesse haben [*t*].

§. 1004.

Fortsetzung. Was die Verfahrungsart in Restitutions-Sachen betrifft, so bemerke man darüber folgendes: A) in der Regel muſs die Restitution gebeten, und förmlich darüber verhandelt werden; doch kann der Richter (*brevi manu*) von Amtswegen restituiren, wo er überhaupt ungebeten handeln darf, und einseitig, wo der Restitutions-Grund sofort, und unwidersprechlich klar gemacht wird [*u*]. Bey dem Gesuch ist ein Procurator nur insofern zulässig, als er dazu ein besonderes Mandat hat [*x*], beyläufige Restitutions-Gesuche im Proceſs abgerechnet [*y*]. B) Die Verletzung ist von dem Bittenden zu erweisen, welcher Beweis natürlich auch darin liegt, wenn bloſs die Existenz eines, an sich beschwerenden Geschäfts dargethan ist [*z*]. C) Wird Restitution gesucht, so muſs von da an alles in seiner bisherigen Lage bleiben, wenn nicht besondere Gründe zu einer Ausnahme berechtigen [*a*]. D) Das Restitu-

[*q*] Leyser Sp. 57. m. 3. vergl. mit Glück Comm. §. 442. a. E.

[*r*] L. 6. h. t. (4. 1.) L. 19. de minor. (4. 4.). I. L. Schmid de restit. in integr. num sit benefic. reale an personale. Ien. 1777. Müller ad Leyser Obs. 185.

[*s*] L. 95. §. 3. de solut. (46. 3.). Weber v. der natürl. Verb. §. 113.

[*t*] L. 29. §. 1. L. 47. §. 1. de minor. (4. 4.) L. 1. C. si unus ex plurib. appell. (7. 68.) L. 1. 2. C. si advers. transact. (2. 32.).

[*u*] I. Eisenharth de processu instantiae rest. in int. Helmst. 1780. cap. 5. G. H. Mylius de rest. in int. brevi manu contra rem iudic. Lips. 1756. Carpzov L. 2. Resp. 95. n. 19. Stryk L. 4. T. 6. §. 4.

[*x*] L. 25. §. 1. de minor. (4. 4.). Cocceii L. 4. T. 1. qu. 6.

[*y*] Glück Comm. §. 433. not. 19.

[*z*] Cocceii L. 4. T. 4. qu. 7. Hofacker T. 2. §. 808.

[*a*] Tit. C. de in int. rest. postul. ne quid novi fiat. (2. 50.)

tions-Gesuch kann in einer Klage, oder durch Einreden angebracht werden [*b*]. Im letzten Fall ist jeder Richter competent, bey welchem die Hauptsache anhängig ist, also auch der Commissar, und Schiedsrichter [*c*]; in jenem hingegen mufs der competente Richter des Beklagten angegangen werden [*d*]. Ist die Rescission eines Geschäfts zur Wiederherstellung des Klägers hinreichend: so läfst sich hier nur ein einfaches Verfahren (*iudicium rescindens*) denken [*e*]. Ist diefs aber nicht der Fall, so hat der Kläger zwey Wege, nämlich: er bittet erst um Rescission, und stellt, welches zuweilen nothwendig werden kann [*f*], nachher noch die, auf die Verfolgung des Seinigen gerichtete Klage (*iudicium rescissorium*) besonders an [*g*]; oder er bedient sich blofs dieser Klage, und erwähnt bey deren Anbringung beyläufig des Restitutions-Grundes [*h*]. Minderjährige, welche als solche Restitution suchen, müssen sich diese aber vorläufig besonders erbitten [*i*].

§. 1005.

B) Arten. Die Restitutions-Gründe sind mannigfaltig. Einige Arten der Restitution beruhen I) im Civil-Recht, wohin man aber nicht diejenigen zählen darf, welche durch das Civil-Recht nach Analogie der prätorischen Restitutionen eingeführt, und insofern den prätorischen ganz gleichzusetzen sind (§. 1009. a. E.). Zu jenen Civil-Restitutionen gehört: 1) die Rescission wegen einer unmäfsigen Verletzung [*k*]; 2) die Restitution gegen ein, nach falschen Instrumenten ge-

cap. 6. X. de rest. in integr. (1. 41.).

[*b*] L. 24. de minor. (4. 4.) L. 9. §. 3. quod met. causs. (4. 2.).

[*c*] L. 3. C. ubi et apud quem cogn. rest. (2. 47.) c. 9. X. de in int. rest. (1. 41.).

[*d*] L. 2. C. eod. L. ult. C. ubi in rem actio (3. 19.).

[*e*] L. 9. §. 3. L. 21. §. 5. quod met. causs. (4. 2.). Ueber die verschiedenen Ideen Andrer: Voet L. 4. T. 1. §. 21. Cocceii L. 4. T. 4. qu. 3. Glück de vita petendae rest. in int. Sect. 2. (op. Fasc. 2.).

[*f*] Stryk L. 4. T. 1. §. 10.

[*g*] L. 10. pr. quod met. caussa (4. 2.).

[*h*] L. 9. §. 7. eod. §. 5. I. de act. (4. 6.) L. 24. §. 3. ad SCt. Velleian. (16. 1.) L. 24. C. de R. V. (3. 32.). Cramer obs. iur. univ. T. 3. Obs. 98. §. 10. Eisenhart h l. c. cap. 7. §. 8.

[*i*] L. 13. §. 1. L. 24. §. 5. de minor. (4. 4.) L. 7. §. 1. de except. et praescr. (44. 1.).

[*k*] S. oben §. 197—200.

sprochenes Urtheil [l], so wie 3) gegen einen Meineid, und einen, durch neu aufgefundene Documente als falsch dargestellten nothwendigen Haupt-Eid [m]; ferner 4) die Restitution intercedirender Weiber gegen übernommene Hauptverbindlichkeiten Andrer [n]; und endlich 5) die Restitution des grofsjährigen *sui* gegen Ausschlagung der väterlichen Erbschaft [o]. Weit ausgebreiteter sind II) die durch die Edicte der Magistrate eingeführten Restitutions-Arten. 1) Auf das ädilitische Edict gründet sich die, unläugbar hieher gehörende redhibitorische Klage [p]. 2) Der Prätor versprach Restitution A) den, auf Separation der Erbmasse dringenden Gläubigern [q]; B) wegen eines stattgehabten Zwanges; C) wegen eines Betrugs, wohin auch die *actio Pauliana* [r], und die arglistige Veräufserung vor dem Procefs [s] gehört; D) wegen minderjährigen Alters; E) wegen der *capitis deminutio;* F) wegen Abwesenheit; und endlich G) wegen eines Irrthums [t]. Da die Civil-Restitutionen, und die, des ädilitischen Edicts schon erörtert sind, oder erst später im Procefs erörtert werden müssen: so bedürfen hier nur die prätorischen Restitutionen, so weit sie nicht gleichfalls, wie es die Noten [u] nachweisen, bereits entwickelt sind, einer genaueren Ausführung.

§. 1006.

a) Restitution wegen eines Zwanges.

Die Lehre von der Restitution wegen eines Zwanges läfst sich, unter Voraussetzung der allgemeinen Grundsätze (§. 150—152.) sehr leicht deutlich machen. Was die, dem Gezwungenen zustehenden Rechtsmittel betrifft, so unterscheide man: 1) Der Gezwungene kann Jedem, mit welchem er wegen des erzwungenen Geschäfts in Streit kommt, durch Einreden begegnen, und zwar nicht allein durch die *exceptio metus*, wenn er daraus belangt wird [x], sondern auch durch die *repli-*

[l] S. darüber §. 1254.

[m] S. §. 1254.

[n] S. darüber §. 946.

[o] Vergl. §. 837.

[p] S. §. 190—196.

[q] Dieser Fall ist in §. 1224. entwickelt.

[r] S. darüber §. 1227. 1228.

[s] S. darüber §. 1129.

[t] Auch dieser Fall ist speciell im Edict genannt. L. 2. D. t. (4. 1.).

[u] Not. p. q. r. s.

[x] L. 4. §. 33. de doli mali et met. exc. (44. 4.). I. H.

ca metus, wenn ihm, indem er sein altes Recht verfolgt, die Einrede des geschlossenen Geschäfts entgegengesetzt wird [y]. Aufserdem sind ihm 2) auch Klagen gestattet. Hier unterscheide man: A) das Geschäft ist nach der Strenge des Rechts gültig. Dann ertheilt ihm der Prätor, a) wenn ihm ein Recht abgezwungen war, sogenannte *actiones rescissorias* oder *utiles*, d. h. die, ihm vor dem Zwange zugestandenen Klagen [z], und aufserdem b) die *actio quod metus caussa*, welche gegen jeden Besitzer der abgezwungenen Sache, und gegen den Thäter auf volle Befriedigung [a], auch innerhalb vier Jahren, wenn der Beklagte dem Urtheil auf Restitution (*arbitrium*) nicht Folge leistet, auf das Vierfache gerichtet werden kann [b], und zwar wegen jeder ungerechten Erpressung [c]. Ist aber B) das Geschäft nichtig, so stehen a) dem Gezwungenen nach dem Zwange natürlich alle Rechtsmittel zu, welche er vor demselben hatte; doch darf er sich b) binnen vier Jahren auch der *actio quod metus caussa* bedienen, nachher aber nur insofern, als er sich durch ordentliche Rechtsmittel nicht zu helfen vermag [d]. Obgleich die Klage auf das Vierfache jetzt wegfällt, und alle Geschäfte jetzt wegen eines Zwanges nichtig sind: so ist dennoch, wegen der letzten Bestimmung die *actio quod metus caussa* jetzt nicht als unnütz anzusehen [e].

§. 1007.

Fortsetzung. Ueber die *actio quod metus caussa* ist besonders noch diefs zu bemerken: 1) Sie kann nach Römischem Recht nur insofern gegen die Erben des Thäters gerichtet werden, als diese zur Zeit der Einlassung bereichert sind [f]. Jetzt fällt diefs weg [g].

Boehmer de exceptione metus iniusti in statu naturali et civili. (Exerc T. 5.).

[y] Dompiere de Jonquieres l. c. §. 32.

[z] L. 9. §. 4. 6. L. 21. §. 6. h. t. (4. 2.) L. 24. C. de R. V. (3. 32.).

[a] L. 9. §. 7. L. 10. L. 14. §. 5. D. eod.

[b] L. 14. §. 1. 4. eod. §. 25. I. de act (4. 6.).

[c] L. 9. pr. D. eod. Cocceii L. 4. T. 1. qu. 1. et Emminghaus ibid.

[d] L. 14. §. 2. eod. L. 4. C. eod. (2. 20.). Noodt de forma emend. doli mali, cap. 16.

[e] I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 13. §. 6. A. M. ist Pauli de incongrua praxi doctrinae iuris Romani de restitutione in integrum ex capite metus. Gedan. 1758.

[f] L. 17. 18. 19. 20. h. t. (4. 2.).

[g] §. 68.

2) Was der Kläger vom Beklagten für die Sache erhielt, muſs er demselben restituiren [*h*], nicht aber das, was der Beklagte einem Dritten für die Sache gab [*i*]. 3) Der Beklagte ist verbunden, die Sache mit allen Accessionen zu restituiren. In Ansehung der Früchte gilt hier eben das, was oben (§. 569.) in Betreff der Eigenthumsklage gesagt ist [*k*]. 4) Geht die Sache durch einen Zufall zu Grunde, so ist nach Römischem Recht zu unterscheiden: A) Der Besitzer ist in bösem Glauben. Geht dann a) die Sache vor der Condemnation zu Grunde, d. h. bevor er auf das Vierfache verurtheilt ist: so muſs er dem Kläger den Werth geben, sofern er nicht erweist, daſs die Sache auch bey dem Kläger würde untergegangen seyn [*l*]. Erfolgt aber b) der Untergang nach der Condemnation, so haftet er, während der, ihm zur Erfüllung des Urtheils einzuräumenden Frist (*tempus iudicati*), wegen des Zufalls gar nicht, erlegt also nur das Dreyfache. Nach dem *tempore iudicati* haftet er natürlich wieder wegen des Zufalls wie vorher [*m*]. B) Der Besitzer in gutem Glauben ist a) vor der Einlassung nicht einmal wegen eines Versehens verantwortlich [*n*]. b) Nach der Einlassung, und vor der Condemnation haftet er nur wegen eines Versehens, nicht wegen des Zufalls [*o*]. c) Nach der Condemnation ist er, wegen seines Ungehorsams, als Besitzer in bösem Glauben zu behandeln [*p*]. Da aber jetzt das doppelte Erkenntniſs, und die Verurtheilung auf das Vierfache wegfällt, mithin auch eine Befreyung vom Zufall, wegen erfolgter Verurtheilung zum Vierfachen: so ist nun, wenn das Restitutionsurtheil erfolgt ist, der Besitzer in gutem Glauben während des *temporis iudicati* wegen des Zufalls gar nicht, gleich nachher aber so weit, als jeder säumige Schuldner (§. 105.), verantwortlich [*q*]. Der

[*h*] L. 3. 4. C. h. t. (2. 20.).

[*i*] L. 23. C. de R. V. (3. 32.) L. 2. C. de furt. (6. 2.).

[*k*] L. 12. pr. L. 14. §. 5. L. 18. h. t. (4. 2.).

[*l*] L. 14. §. 11. eod.

[*m*] L. 14. §. 11. pr. eod. Suerin repet. lect. c. 36. (Otto Thes. T. 4.).

[*n*] L. 31. §. 3. de hered. pet. (5. 3.).

[*o*] L. 14. §. 5. h. t. (4. 2.) L. 40. de hered. pet. (5. 3.). Abweichend sind Huber L. 4. T. 2. §. 4. Voet eod. §. 8.

[*p*] L. 9. §. ult. L. 14. §. 3. h. t. (4. 2.). Ueberhaupt: Lyklama Membr. L. 7. Ecl. 1. Wissenbach Disp. ad P. D. 13. Th. 15. Struv synt. L. 4. T. 2. §. 21.

[*q*] Abweichend ist Glück Comm. §. 450.

Besitzer in bösem Glauben dagegen haftet nun überall so, wie bey den Römern vor der Condemnation, und nach Ablauf des *temporis iudicati*.

§. 1008.

b) Wegen Betrugs. Im Fall eines Betrugs (§. 148. 149.) besteht die Restitution darin, dafs der Betrogene, und alle, bey dem Geschäft interessirte Personen [r], sich durch die *exceptio doli* im engern Sinn [s] gegen den klagenden Betrüger und dessen Nachfolger [t] vertheidigen, auch die *actio doli*, sofern sie keine andern Rechtsmittel haben [u], gegen den Betrüger und dessen bereicherte Erben [x] auf Restitution und Leistung des Interesse anstellen können [y]. Gegen Personen, denen Ehrfurcht gebührt, findet nur die *actio* und *exceptio in factum* statt [z]; auch kann wegen einer, zwey *aureos* nicht übersteigenden Verletzung [a], so wie überhaupt nach zwey Jahren, nur die *actio in factum* angestellt werden [b]. Da man jetzt den Namen der Klage nicht besonders anzugeben pflegt, so ist insofern, als man es nicht thut, die Unterscheidung zwischen der *actio de dolo* und *in factum* unnütz [c].

§. 1009.

c) Minderjähriger. Ist ein Minderjähriger bey einem Geschäft verletzt, so muss man unterscheiden, ob er das Geschäft schon nach allgemeinen Grundsätzen an-

[r] L. 7. §. 1. de except. (44. 1.).

[s] Im allgemeinen Sinn versteht man darunter jede, von der Billigkeit hergenommene Einrede gegen unbillige Foderungen, und nennt sie dann exc. doli generalis; die hingegen, welche sich auf einen wahren Betrug gründet, exc. doli specialis. L. 12. de doli mal. et met. exc. (44. 4.).

[t] S. darüber oben §. 79. not. f.

[u] L. 1. §. 4. 5. 6. de dolo malo (4. 3.). P. v. Bloyswick de actione doli non concedenda, si alia actio detur. Lugd. Bat. 1746.

[x] L. 17. §. 1. L. 26. 27. 28. eod. vergl. mit §. 293.

[y] L. 18. pr. eod.

[z] L. 11. §. 1. eod. L. 4. §. 16. de doli mali et met. except. (44. 4.).

[a] L. 10. h. t. (4. 3.).

[b] L. 28. 29. eod.

[c] Höpfner Comm. §. 1008. a. E. B. C. de Behr de act. de dolo malo, malit. Rom. everriculo, suppel. nostro foro minus necessaria. Goett. 1738.

fechten kann, oder nicht. In jenem Fall mufs er sich der ordentlichen Rechtsmittel bedienen [d]; in diesem hingegen kann er als Minderjähriger blofs der Verletzung wegen Restitution verlangen, selbst dann, wenn ihm andre Rechtsmittel auf Entschädigung zustehen [e], einen einzigen Fall, da er zuvörderst seine Vormünder ausklagen mufs, abgerechnet [f]. Das Restitutions-Gesuch setzt aber stets Verletzung durch ein Geschäft voraus, und fällt also weg, wenn der Minderjährige etwas aufgab, was keinen reellen Nutzen hatte [g], oder die Vortheile eines Geschäfts nachher durch einen blofsen Zufall aufgehoben wurden [h]. Das Römische und kanonische Recht, und die Praxis, haben dieses Vorrecht der Minderjährigen auch dem Staat [i], der Kirche und milden Stiftungen [k], und allen Universitatibus, deren Angelegenheiten durch Vorsteher besorgt werden (§. 222.), eingeräumt [l].

§. 1010.

Fortsetzung. Unter diesen Voraussetzungen wird der Minderjährige gegen jeden Nachtheil restituirt, selbst wenn das Geschäft unter richterlicher Auctorität geschlossen war [m], er mag nun etwas von seinen Sachen und Rechten aufgegeben [n], oder eine Last übernommen [o], oder einen Gewinn zu machen ver-

[d] L. 16. pr. de minor. (4. 4.).

[e] L. 16. §. 2. eod. L. 3. C. si tutor vel curator interven. (2. 25.). Mevius P. 3. Dec. 29. P. 5. Dec. 206. P. 7. Dec. 286. A. P. Frick de exceptione curatoris nondum excussi rest. in integr. a minoribus adultis petitam haud remorante. Helmst. 1796.

[f] L. 13. §. ult. C. de iudic. (3. 1.). Unrichtig bildet daraus eine Regel Hellfeld iur. for. §. 464. not. *. Vergl. Voet L. 4. T. 4. §. 52. 53. Struben 1. B. 137. Bed.

[g] L. 37. de minor. (4. 4.).

[h] L. 11. §. 4. fgg. eod. Ueber den Beweis der versio in rem s. Weber v. d. Beweisf. im Civil-Proc. S. 201.

[i] L. 4. C. ex quib. causs. maior. (2. 54.) L. 3. C. de iure reipubl. (11. 29.).

[k] C. 1. 2. 3. 7. 10. X. de in int. rest. (1. 41.).

[l] Hofacker T. 2. §. 832.

[m] L. 1. §. 1. de reb. eor. qui sub tutel. (27. 9.).

[n] L. 9. §. 4. de iureiur. (12. 2.) L. 7. §. 4. L. 18. §. 1. L. 25. L. 36. h. t. (4. 4.) Tit. C. si advers. rem iudic. (2. 27.). Voet L. 4. T. 4. §. 21. 22. 31. 32. Cocceii eod. qu. 10. 16.

[o] L. 21. 31. h. t. (4. 4.). Voet eod. §. 26.

säumt haben [*p*]. In folgenden Fällen wird er jedoch nicht restituirt: A) wenn er sich arglistig für einen Grofsjährigen ausgab [*q*], selbst wenn der andre Contrahent auch arglistig verfuhr [*r*], oder, wenn er ein, ihm anzurechnendes Verbrechen beging [*s*]. B) Wenn ihn die Staatsgewalt für volljährig erklärte, es sey nun in der Regel für alle Sachen durch *venia aetatis* [*t*], oder für gewisse Geschäfte. Darum wird ein Minderjähriger nicht restituirt, insofern er bey einem Gewerbe verletzt ist, zu dessen Betreibung er öffentlich auctorisirt war [*u*]. Gegen die *venia aetatis* selbst kann indefs der Minderjährige bey dem Regenten Restitution suchen [*x*]; doch wird er dadurch nicht gegen die einzelnen Geschäfte restituirt, welche er in der Zwischenzeit gültig schlofs [*y*]. Endlich C) gibt es gewisse Geschäfte, gegen welche des minderjährigen Alters wegen keine Restitution ertheilt wird. Dahin gehört die Ehe [*z*], die Manumission [*a*], in gewissen Fällen die Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft [*b*], so wie jedes Geschäft, welches ein mündiger Minderjähriger mit einem körperlichen Eide bekräftigt, oder nachher als Grofsjähriger genehmigt hat [*c*]. Endlich wird er auch nicht gegen eine, ihm unter gerichtlicher Auctorität geleistete Zahlung restituirt [*d*].

§. 1011.

Fortsetzung. Die Wirkungen dieses Vorrechts der Minderjährigen können von demselben 1) gegen Jeden, welcher ihn durch ein Geschäft verletzte, und dessen Erben, auf Rückgabe und Entschädigung gel-

[*p*] L. 24. §. 2. L. 35. eod. Voet l. c. §. 24. 28.

[*q*] L. 1. 2. 3. C. si minor maiorem se dix. (2. 43.).

[*r*] Cocceii eod. qu. 20. A. M. ist Voet l. c. §. 43.

[*s*] L. 9. §. 2. h. t. (4. 4.) L. 2. C. si advers. delict. (2. 35.).

[*t*] S. darüber oben §. 548.

[*u*] arg. L. 3. §. 1. ad SCt. Maced. (14. 6.). Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 13. Weber v. d. nat. Verb. §. 63. not. 6. Leyser Sp. 60. m. 8.

[*x*] arg. L. 1. h. t. (4. 4.). Cocceii l. c. qu. 3.

[*y*] L. 1. C. de his qui ven. aetat. (2. 45.). Cocceii l. c. qu. 4.

[*z*] S. oben §. 1002. nr. C.

[*a*] Tit. C. si advers. libert. (2. 31.).

[*b*] S. darüber oben §. 837.

[*c*] S. darüber §. 526.

[*d*] Vergl. §. 522.

tend gemacht werden [e]. Selbst die Privilegien des Fiscus, und der Weiber und Haussöhne aus dem *SCto Velleiano* und *Macedoniano* sind schwächer, als dieses Vorrecht Minderjähriger [f]. Collidiren Minderjährige mit einander, so gelten die allgemeinen Grundsätze [g]. Nur gegen die leiblichen Aeltern findet die Restitution in der Regel nicht statt [h]. 2) Auch gegen den dritten Besitzer kann der Minderjährige seine Sache verfolgen, jedoch nur insofern, als er ohne dieſs seine volle Befriedigung nicht erhalten kann, oder jener sich in bösem Glauben befindet [i]. 3) Die Wohlthat der Restitution kommt auch den Erben des Minderjährigen [k], selbst wenn er der Restitution entsagte [l], und denen, welchen er dieselbe mit cedirte, zu statten [m], nicht aber dritten Personen, ausgenommen wenn sie ein untheilbares Interesse mit demselben haben [n]. In Ansehung der Bürgen unterscheide man: I) der Minderjährige lebt. Kann er dann 1) aus Gründen Restitution fodern, welche auch dem Groſsjährigen zu statten kommen, so nimt der Bürge daran Theil [o], wenn er nicht in der, zu erweisenden Absicht, den Einreden des Hauptschuldners entsagen zu wollen, intercedirte [p]. Kann aber 2) der Minderjährige nur als solcher Restitution fodern, so kommt dieſs auch dem Bürgen zu statten [q], ausgenommen wenn er wuſste, daſs er für einen Minderjährigen intercedire [r]. II) Nach dem Tode des Minderjährigen lassen sich zwey Fälle denken: 1) der Bürge wird Erbe desselben. Dann erlischt seine Verpflichtung

[e] L. 6. 7. C. de in int. rest. minor. (2. 22.).

[f] L. 11. §. 7. L. 12. h. t. (4. 4.) L. 12. C. si advers. fiscum (2. 37.).

[g] S. oben §. 118.

[h] Vergl. §. 1002. a. E.

[i] L. 9. pr. L. 13. §. 1. L. 14. L. 35. L. 39. §. 1. h. t. (4. 4.).

[k] L. 6. de in int. rest. (4. 1.) L. un. C. si advers. dotem (2. 34.).

[l] Cocceii l. c. qu. 8.

[m] L. 24. pr. h. t. (4. 4.).

[n] L. 4. §. 4. si serv. vindic. (8. 5.) L. 10. servit. quem. amitt. (8. 6.). I. P. C. Blauel de rest. in int. minor. ex caussa individua maioribus proficua. Goett. 1779. Müller ad Leyser Obs. 191.

[o] L. 1. 2. C. de fideiussor. minor. (2. 24.).

[p] L. 95. §. 3. de solut. (46. 3.).

[q] L. 51. de procur. (3. 3.).

[r] L. 1. 2. C. l. c. L. 7. §. 1. de except. (44. 1.) vergl. mit L. 13. pr. h. t. (4. 4.) L. 95. §. 3. de solut. (46. 3.). L. I. F. Hoepfner de effectu rest. in int. quoad fideiuss. Giess. 1771. §. 24. 25.

als Bürge durch Confusion (§. 117.), wenn sie an Stärke der Hauptverbindlichkeit gleich war; sonst aber nicht [s]. Wird dagegen 2) ein Dritter Erbe, so gilt natürlich wieder alles, was beym Leben des Minderjährigen stattfand [t]. 3) Der Minderjährige braucht selbst nur zu restituiren, was er noch von dem Erhaltenen besitzt [u].

§. 1012.

d) Capitis deminutio. Die Restitution wegen der *capitis deminutio minima* war bey den Römern nothwendig, weil die Arrogation und Emancipation (§. 495.) zwar nicht die, bloſs natürlichen Rechte [x] und Verbindlichkeiten [y], aber doch alle, bloſs bürgerlichen privatrechtlichen Verhältnisse aufhob [z]. Gegen diese Aufhebung konnten denn die Gläubiger Restitution erhalten, nicht aber die Kinder selbst [a]. Da eine entschiedene Praxis diese Restitutions-Art von jeher als unnütz angesehen hat, so ist das Detail dieser Materie hier zu übergehen.

§. 1013.

e) Wegen Abwesenheit. Auch wegen Abwesenheit ist im Edict speciell Restitution versprochen, und zwar unter folgenden näheren Bestimmungen und Beschränkungen: I) der Ausdruck: *absentia*, bedeutet hier nicht bloſs die Abwesenheit von einem Ort, sondern jedes factische Hinderniſs, wodurch Jemand an der Verfolgung seines Rechts gehindert wird, wie z. B. Irrthum und Raserey [b]. II) Der Prätor verspricht nicht gegen jeden, durch Abwesenheit verursachten Schaden

[s] L. 95. §. 3. de solut. (46. 3.) L. 5. L. 14. de fideiussor. (46. 1.) L. 3. de separat. (42. 6.).

[t] Weber v. d. nat. Verb. §. 113.

[u] L. 27. §. 1. L. 47. §. ult. h. t. (4. 4.).

[x] L. 10. 11. de cap. min. (4. 5.) vergl. mit Voet eod. §. 2. Conradi de cap. demin. minima, §. 12. Glücks Comm. §. 1. n. 14.

[y] L. 2. L. 3. L. 8. L. 9. eod. L. 58. §. 2. L. 65. §. 11. pro socio (17. 2.).

[z] L. 3. §. 1. h. t. (4. 5.).

[a] L. 2. §. 1. §. ult. eod. Faber rational. ad L. 8. eod. A. M. ist Voet eod. §. 3.

[b] L. 1. §. 1. ex quib. causs. maior. (4. 6.) L. 6. de calumn. (3. 6.) L. 1. §. 9. de itinere actuque priv. (43. 19.) L. 124. §. 1. de R. I. (50. 17.). P. de Toullieu de praesentia et absentia. (Collectan. Diss. 18.).

Restitution, sondern nur gegen den Verlust des gegenwärtigen und künftigen Vermögens, welcher daher entstand, dafs Jemand durch Abwesenheit verhindert ward, zur gehörigen Zeit sein Recht geltend zu machen [c], und auch diefs nur dann, wenn Rechte dritter Personen nicht dadurch verletzt werden [d]. III) Auch nicht wegen jeder Abwesenheit wird restituirt. Man unterscheide: 1) Es wird darum ein Recht verloren, weil der Verlierende seinen Gegner wegen dessen Abwesenheit nicht belangen konnte. Dann wird Restitution ertheilt [e], sofern der Gegner keinen Procurator zurückliefs, und kein Defensor sich dessen annahm [f]. Jetzt kann sogar durch eine eingelegte Protestation die Restitution in diesem Fall ganz unnütz gemacht werden [g]; allein dadurch fallen die Vorschriften über die Restitution nicht als überflüssig weg [h]. Lag 2) der Grund des Verlustes in der Abwesenheit des Verlierenden, so unterscheide man: A) wenn die Abwesenheit nothwendig, d. h. nicht freywillig gewählt war: so wird a) gegen die löbliche, und wenigstens tadellose Abwesenheit (*laudabilis et indifferens*) stets Restitution ertheilt [i], wenn nicht erwiesen werden kann, dafs der Abwesende aus grober Nachlässigkeit keinen Stellvertreter ernannte [k]; hingegen b) wider die entehrende Abwesenheit (*vituperanda*) nur dann, wenn der Abwesende darthut, dafs er nicht nachlässig gewesen sey [l]. War B) die Abwesenheit freywillig erwählt (*voluntaria*), so wird a) wegen der löblichen Restitution ertheilt [m], b) wegen der tadellosen wenigstens dann, wenn der Abwesende beweist, dafs er den Verlust nicht verschuldet habe [n], hingegen

[c] L. 7. de in int. rest. (4. 1.) L. 1. L. 17. §. ult. L. 27. L. 41. L. 43. h. t. (4. 6.). Voet eod. §. 10. 11. 17.

[d] L. 18. L. 19. L. 20. D. eod.

[e] L. 1. eod.

[f] L. 1. §. 1. L. 21. pr. §. 2. L. 22. L. 39. eod.

[g] L. 2. C. de annali except. (7. 40.).

[h] Cocceii L. 4. T. 6. qu. 1. et Emminghaus ibid. not. z. Höpfner Comm. §. 407.

[i] L. 26. §. ult. L. 29. h. t. (4. 6.).

[k] L. 18. eod. Voet eod. §. 4.

[l] L. 28. §. 1. L. 40. §. 1. eod. L. 20. de minor. (4. 4.).

[m] L. 28. pr. h. t. (4. 6.).

[n] L. 42. eod. vergl. mit den, in diesem §phen not. l. citirten Stellen. Voet l. c. §. 5. Hofacker T. 2. §. 853.

c) wegen der entehrenden Abwesenheit gar nicht [o]. IV) Die Restitution wird dadurch ertheilt, daſs das verwirkte Rechtsverhältniſs wieder hergestellt, und zu diesem Ende eine sogenannte *actio rescissoria*, und zwar, bey dem Verlust des Objects eines dinglichen Rechts, gegen jeden Besitzer gestattet wird, bey deren Anstellung der Kläger, ohne vorgängige Restitution, bloſs beyläufig den Restitutions-Grund anzugeben braucht [p].

§. 1014.

Ex speciali caussa et generali clausula.

Im Edict sind mehrere Beyspiele der Abwesenheit namentlich angeführt, am Ende wird aber allgemein wegen aller andern, noch denkbaren Arten der Abwesenheit Restitution versprochen [q]. Obgleich diese generelle Clausel nur den angegebenen engern Sinn hat [r], so ist sie doch von der Praxis ganz allgemein dahin verstanden, daſs der Prätor überall Restitution verspreche, wo es die Billigkeit erheische; doch sind die mehrsten Beyspiele, welche man hier anzuführen pflegt, Fälle einer wahren Abwesenheit [s]. Zum Theil gehört denn auch dahin die, von Vielen aufgestellte Regel, daſs der Principal stets gegen die Handlungen seines Procurators restituirt werde, eine Regel, welche, wenige Ausnahmen [t], und insbesondere den Fall der Abwesenheit abgerechnet [u], falsch ist [x], und sich jetzt nur in Ansehung der öffentlich bestellten Procuratoren und Advocaten rechtfertigen läſst, und zwar so weit, daſs der Principal hier direct Restitution suchen kann, ohne verbunden zu

[o] L. 14. h. t. (4. 6.) L. 2. §. 8. si quis caut. in iudic. (2. 11.).

[p] §. 5. I. de act. (4. 6.) L. 1. sqq. h. t. (4. 6.) L. 35. de O. et A. (44. 7.).

[q] L. 1. pr. h. t. (4. 6.).

[r] L. 1. pr. cit. vergl. mit L. 26. §. 6. 9. eod. Cuiac parat. ad L. 26. §. 9. eod. I. P. Frank de rest. in int. ex clausula praetoris generali ultra casus absentiae non extendenda. Erl. 1785. Biener hist. rest. in int. §. 5. Müller ad Leyser Obs. 193.

[s] Vergl. Glück Comm. §. 472. Hofacker T. 2. §. 855.

[t] L. 8. §. 1. mandat. (17. 1.) L. 3. §. 1. de eo per quem fact. quomin. in iudic. (2. 10.) L. 13. §. 1. C. de iudic. (3. 1.).

[u] L. 26. §. 9. h. t. (4. 6.).

[x] L. 10. C. de procurat. (2. 13.). Cocceii L. 3. T. 3. qu. 14. L. 4. T. 6. qu. 2. Hofacker T. 3. 4308. not. d. Andre Ideen haben Leyser Sp. 64.

seyn, seinen Bevollmächtigten zuvörderst in Anspruch zu nehmen [y].

§. 1015.

f) Wegen eines Irrthums.

Endlich verspricht der Prätor noch insbesondere wegen eines Irrthums, welcher nach dem Obigen schon zum Theil unter die Restitution wegen Abwesenheit gehört, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [z], ohne aber den Umfang dieser Restitutions-Art anzugeben. Nur einzelne Beyspiele einer solchen Restitution finden sich in den Pandekten [a], aus denen sich höchstens die Regel bilden läſst, daſs gegen einen, an sich keine Nichtigkeit veranlassenden Irrthum alsdann Restitution ertheilt wird, wenn ein Andrer sich mit dem offenbaren Schaden des Irrenden bereichern will. Weiter kann man hier aber nicht gehen [b].

Zweyte Abtheilung.

Ueber die Verjährung insbesondere.

Einleitung.

§. 1016.

Begriff der Verjährung.

Ein Recht kann vermöge seiner Natur ausgeübt werden, oder nicht, ohne daſs hieraus eine Pflicht zu handeln, oder zu unterlassen entspringt; doch können rechtliche Gründe auch hier natürlich Ausnahmen begründen. Geschieht der Verlust der Freyheit zu handeln, oder zu unterlassen, bloſs dadurch, daſs man sich den Anmaſsungen eines Andern nicht widersetzt, oder daſs man binnen einer Zeit von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, so wird dieſs

n. 3. Müller ad Leyser Obs. 194. Struben 1. B. 52. Bed. Wehrn doctr. explicatr. princ. damni. §. 43.

[y] Boehmer I. C. P. L. 1. T. 38. §. 48. Danz ord. Proc. §. 43. not. 1. Gönner jur. Abh. 2. B. n. 5. 6.

[z] L. 2. de in int. rest. (4. 1.).

[a] §. 33. I. de act. (4. 6.) L. 1. §. 6. quod falso tutore auctore (27. 6.) L. 1. §. 17. de separationibus (42. 6.).

[b] Meine Versuche. 2. B. 4. Abh. n. VII.

Verjährung (*praescriptio s. lato*) genannt [c]. Gewöhnlich gründet sich diese Verjährbarkeit eines Rechts auf die Gesetze (*praescriptio legalis*); sie kann aber auch durch richterliche Vorschriften, Testamente, und Verträge begründet werden (*praescriptio iudicialis, testamentaria, conventionalis* [d]. Die richterliche darf natürlich nie die gesetzlichen Termine verengen; wohl aber darf die testamentarische und vertragsmäßsige die gesetzlichen Termine verengen, oder erweitern, sofern nicht einseitig die Rechte dritter Personen dadurch verletzt werden [e].

§. 1017.

Arten. Erlangt man durch Verjährung bloſs das, was aus dem Erlöschen des Rechts eines Andern folgt, so wird sie die erlöschende (*extinctiva*); erlangt man dadurch mehr, so wird sie die erwerbende (*acquisitiva*) genannt. Die letzte theilt man wieder in *translativa* und *constitutiva* ein, je nachdem sie auf den, welcher durch Verjährung erwirbt, das ganze Recht des Verlierenden, oder nur ein anderes, demselben entgegengesetztes Recht überträgt. Die erste pflegt man auch noch weiter einzutheilen. Bald wird nämlich ein Recht schon dann verloren, wenn der Berechtigte es nur nicht ausübt; bald hingegen erst dann, wenn der Verpflichtete eine, dem Recht wider-

[c] Ueber die Geschichte dieser Lehre: F. C. Conradi hist. usuc. et longi temp. praescr. (in dessen triga lib. quib. iur. usuc. illustr.). Galvanus de usufr. c. 11. C. F. Pohl de orig. et fat. praescr. longiss. temp. usque ad Iustinian. Lips. 1779. Idem de fat. praescr. longiss. temp. ex LL. Iustiniani. Lips. 1780. C. H. Gros Gesch. d. Verj. nach R. R. Gött. 1795. Dogmatische: De praescr. quae cum iure civili tum pontificio continentur tractatus. Colon. Agr. 1568. 8. Groslotius de usucap. (Otto Thes. T. 5.). P. Gilkenii Tr. de usucap. et divers temp. praescr. Frkf. 1602. I. Ravii princ. univ. doctr. de praescr. c. not. Eichmann Hal. 1790. I. L. Schmidt op. de praescr. praesert. circa pignus Ien. 1780. Op. I. E. C. Westphal Syst. des R. R. über die Arten der Sachen. Leipz. 1788. §. 497 — 839. Meine Schr. über Besitz und Verj. Jena 1802. 2 Thl. Dabelow v. d. Verjährung. Halle 1805. 1806. 2 B. 8. A. S. Kori Theorie der Verjährung nach gemeinem und sächsischem Recht. Leipz. 1811. 8.

[d] S. Stryk de praescr. convent. ad L. Aemilius 38. de minoribus.

[e] L. 31. §. 22. de aedil. edict. (21. 1.) L. 2. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.). Kori §. 47.

streitende Handlung (*usucapio libertatis*) vornimt. In jenem Fall nennt man die Verjährung: Erlöschen des Rechts durch Nichtgebrauch (*extinctio iuris per non usum*), in diesem: *praescriptio extinctiva in specie* [*f*].

§. 1018.

Fortsetzung. Die gesetzliche Verjährung, deren einzelne Arten nur noch einer besondern Erörterung bedürfen, wird in sehr verschiedenen Fristen vollendet. Ist Jemand nicht mit solchen Eigenschaften versehen, dafs er binnen diesen Fristen durch Verjährung einen Vortheil erlangen kann: so wird er dennoch geschützt, wenn er sich seit unvordenklichen Zeiten in dem, jetzt streitigen Zustande befunden hat. Das Letzte nennt man Erwerb durch unvordenkliche Verjährung (*praescriptio immemorialis*, *indefinita*), im Gegensatz welcher denn die eigentliche Verjährung die bestimmte (*definita*) genannt wird. Beide sind so sehr von einander abweichend, dafs jede besonders dargestellt werden mufs.

Erstes Capitel.

Ueber die praescriptio definita.

Erste Unterabtheilung.

Allgemeine Grundsätze über alle Arten.

§. 1019.

Erfodernisse: 1) Ein Gesetz. Zu jeder, sowohl erwerbenden, als erlöschenden gesetzlichen Verjährung gehört, 1) dafs sie ein Gesetz namentlich gestatte. Denn analogische Schlüsse sind hier bey der singulären Natur dieses Instituts unzulässig [*g*]. Da nun kein Gesetz allgemein alle Rechte für solche erklärt hat, welche

[*f*] S. überh. A. L. Hombergk zu Vach de praescriptione extinctiva cum interitu iurium per non usum haud confundenda. Marb. 1705. I. C. L. Ruff de differentia praescriptionis. Helmst. 1800. B. W. Pfeiffer vermischte Aufsätze. Marb. 1803. S. 272—341.

[*g*] Meine Schrift über Besitz und Verj. 2. Thl. §. 37. 38.

man nach den, von diesem, oder jenem geltenden Grundsätzen durch Verjährung erwerben könne: so muſs jeder einzelne Fall streng aus den Gesetzen erwiesen werden.

§. 1020.

2) Besitz. Alsdann gehört 2) zu jeder Verjährung die fortwährende ungestörte Ausübung des negativen oder positiven factischen Zustandes, worauf man durch Verjährung ein Recht erwerben will [*h*], und zwar muſs man das Recht als das Seinige ausüben [*i*]. Es findet also keine Verjährung statt, wenn der, welcher verlieren soll, von seinem Recht auf irgend eine Art Gebrauch gemacht [*k*], oder der Andre seine Pflicht und das Recht des Gegners anerkannt hat [*l*], wiewohl theilbare Rechte durch eine theilweise Nichtausübung zum Theil verloren gehen können [*]. Daher wird denn der Verjährungsbesitz unterbrochen, wenn, ohne daſs eine *accessio possessionis* stattfindet (§. 300.), die Bedingungen des Besitzes in dem bisherigen Besitzer aufhören (*usurpatio*, *interruptio naturalis*) [*m*], es sey nun von Seiten des Körpers, oder des Willens, also wenn der bisherige Besitzer entsetzt wird, wenn die Sache physisch oder rechtlich untergeht, wenn er die Absicht zu detiniren aufgibt, mithin, wenn er das Recht seines Gegners anerkennt u. s. w. [*n*]. Dagegen hebt ein bloſs erlangter Mitbesitz eines Andern den bisherigen Besitz nicht auf [*o*], und eben so wenig, wenn derselbe gerichtlich oder auſsergerichtlich, oder factisch, z. B. durch Pfändung, protestirt [*p*]; doch leidet das Letzte bey dem Quasi-Besitz eine Ausnahme, insofern

[*h*] L. 25. de usurp. (41. 3.) L. 20—25. quem. serv. amitt. (8. 6.).

[*i*] L. 1. C. commun. de usuc. (7. 30.) L. 3. §. 23. de A. l. A. P. (41. 2.) L. 5. C. in quib. causs. cess. l. t. pr. (7. 34.) L. 2. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.).

[*k*] L. 18. de S. P. R. (8. 3.) L. 9. §. 1. si serv. vindic. (8. 5.) L. 2. quem. serv. am. (8. 6.).

[*l*] L. 7. §. 5. 6. L. 8. §. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.).

[*] L. 14. 20. 25. quib. mod. ususfr. amit. (7. 4.).

[*m*] C. Winkler de interrupt. usuc. et praescr. Lips. 1793.

[*n*] L. 29. de pignor. act. (13. 7.) L. 5. L. 21. L. 33. §. 4. 5. h. t. (41. 3.) L. 5. pro don. (41. 6.) L. 7. §. 5. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.).

[*o*] L. 12. pro emt. (41. 4.).

[*p*] L. 13. eod.

dieser zu seiner Existenz die *patientia* dessen erfodert, wider den er geht [q]. Gewöhnlich pflegt man der bisher beschriebenen Interruption auch noch als etwas gleich Allgemeines die sogenannte *interruptio civilis* entgegen zu setzen [r]. Allein einen einzigen Fall abgerechnet [s], geht sie nicht auf alle, sondern nur auf einzelne Arten der Verjährung, und ist daher erst am Ende dieser Lehre [t] zu entwickeln.

§. 1021.

3) Zeitlauf. Ferner 3) ist der Ablauf der bestimmten Zeitfrist erfoderlich. In der Regel wird diese Zeit als *tempus continuum* (§. 129.) bis auf den letzten Augenblick gerechnet; doch wird bey der erwerbenden Verjährung die Erreichung der letzten 24 Stunden als Vollendung derselben angesehen [u].

§. 1022.

4) Bona fides. Nach kanonischem Recht [x] ist außerdem 4) erfoderlich, daſs der Verjährende durch die ganze Verjährungszeit, und zwar in der Regel bey jeder Art der Verjährung, in gutem Glauben sey [y].

[q] L. 1. §. 5. 6. 7. L. 20. §. 1. quod vi (43. 24.) L. 2. C. de servit. (3. 34.) L. 2. C. de praescr. l. t. (7. 32.). Kori §. 166—169.

[r] I. F. Hoffmann de modis interrump. praescr. civilibus. Viteb. 1797.

[s] L. 14. §. 4. C. de n. n. pec. (4. 30.) L. 2. C. de annal. except. (7. 40.).

[t] S. unten §. 1045. c.

[u] L. 6. L. 7. L. 31. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 15. pr. de divers. temp. praescr. (44. 3.) L. 6. de O. et A. (44. 7.). Weber in den Anmerk. zu Höpfners Comm. §. 398. not. 3.

[x] Nicht so nach R. R., welches nur hauptsächlich für die erwerbende Verjährung beym Anfange des Besitzes, und beym Kauf insbesondere noch zur Zeit des Abschlusses des Vertrages die bona fides fodert. L. 8. C. de praescript. 30 vel 40 ann. (7. 39.) L. 10. pr. L. 15. §. 2. 3. L. 44. §. 1. L. 48. h. t. (41. 3.) L. 2. §. 13. L. 7. §. 4. pro emt. (41. 4.).

[y] cap. ult. X. de praescr. (2. 26.). Pufendorf T. 1. Obs. 115. T. 2. Obs. 194. Leyser Spec. 455. m. 8. Müller ad Leyser Obs. 724. A. M. sind in Betreff der extinctiva: Behmer ius nov. contr. T. 1. Obs. 8. L. Menken an requiratur b. f. in praescr. action. personalium. §. 18. fgg., und in Betreff des Falls, da man keine res aliena erwirbt: H. de Cocceji de finibus b. f. in praescript. Diss. I. II. (Exerc. T. 1.). Wernher P. 1. Obs. 183. P. 3. Obs. 73. 94. 213. I. H. Boehmer I. E. P. T. 1. L. 2. Tit. 26. §. 51—58. S. noch dawider B. W. Pfeiffer ver-

Erwirbt Jemand etwas durch einen Procurator, so schadet ihm dessen böser, und es nutzt ihm nicht dessen guter Glaube [z]; auch wird hier der Irrthum im Recht in den Folgen dem wahren bösen Glauben gleichgesetzt [a]. Folgen Mehrere auf einander, so muſs man den *successor singularis* und *universalis* unterscheiden. Ist jener in gutem Glauben, so schadet ihm für seinen eignen Besitz der böse Glaube des Vorgängers nicht, so wenig als ihm dessen guter Glaube nutzt, wenn er selbst in bösem Glauben ist [b]. Der *successor universalis* dagegen leidet nach kanonischem Recht stets durch den bösen Glauben seines Vorgängers, und der gute Glaube desselben bringt ihm nie Vortheil, wenn er sich selbst in bösem Glauben befindet [c]. Ist übrigens der, welcher durch die vollendete Verjährung gewinnt, nicht in der Lage, daſs er selbstthätig etwas leisten muſs, wie bey dem *non usu* (§. 1017.): so kann ihn, wenn der Andre nachlässig war, natürlich nie der Vorwurf des bösen Glaubens treffen [d], also auch nicht in dem Fall, wenn er eine, von dem Gläubiger abzuholende Sache (§. 95. a. E.), wegen Saumseligkeit des Gläubigers, nicht herausgibt, und nun der Letzte durch Verjährung seine Klage verliert.

§. 1023.

5) Ein dazu fähiges Object.

Auſserdem muſs 5) das Object verjährungsfähig seyn. Unfähig hiezu sind A) alle Hoheitsrechte [e] im Verhältniſs des Unterthanen zum Regenten [f]. B) Alle Sachen, welche schlechthin dem bürgerlichen Verkehr entzogen sind [g], wie die existirende Freyheit [h], *res sacrae* und *religiosae* [i],

mischte Aufsätze. Marb. 1803. S. 342. fgg.

[z] L. 43. §. 1. h. t. (41. 3.) L. 2. §. 10. 12. 13. pro emt. (41. 4.).

[a] L. 31. pr. L. 32. §. 1. h. t. (41. 3.). Weber zu Höpfner §. 396. not. 2.

[b] L. 2. §. 17. eod. L. 5. pr. de divers. temp. praescr. (44. 3.) L. 4. C. de R. V. (3. 32.). Das Erste läugnet Pfeiffer a. a. O. S. 364. fgg.

[c] Meine Schrift, §. 21.

[d] Höpfner Comm. §. 1182. Pfeiffer a. a. O. S. 290—303.

[e] L. 6. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.) L. 7. C. de fund. patr. (11. 61.).

[f] I. H. Boehmer de praescript. contra LL. maxime prohibitivas. (Exerc. T. 5.) §. 13. not. X.

[g] cap. 8. X. de consanguin. et affin. (4. 14.).

[h] L. 3. C. de long. temp. praescr. quae pro lib. (7. 22.).

[i] §. 1. I. h. t. (2. 6.).

die Parochial-Grenzen [*k*], und unter den Katholiken die Kirchenzehnten, wenn ein Laie dieselben erwerben will [*l*]. Endlich C) gehören dahin gewaltsam oder heimlich durch Besitzergreifung entwandte bewegliche Sachen [*m*], sofern nicht nachher der Fehler wieder gehoben wird [*n*]. Die Früchte dieser unverjährbaren Sachen sind jedoch den gewöhnlichen Grundsätzen über Verjährung unterworfen [*o*].

§. 1024.

6) Möglichkeit der Rechtsverfolgung.

Endlich 6) mufs es dem, welcher verlieren soll, rechtlich möglich gewesen seyn, seine Ansprüche geltend zu machen. So lange dieser Zustand dauert, steht der Lauf der Verjährung still (*praescriptio dormiens*) [*p*]. Sie läuft also so lange nicht, als keine Gerichte existiren [*q*], und eben darum werden während der väterlichen Gewalt die Adventitien der Kinder nicht verjährt [*r*], so wie während der Ehe nicht die Dotal-Sachen, sofern nicht vor der Ehe die Verjährung derselben bereits angefangen hatte [*s*]. Die factische Unmöglichkeit der Rechtsverfolgung hemmt also den Lauf der Verjährung nicht [*], den einzigen Fall abgerechnet, wenn ein Kirchengut von dem Kirchenvorsteher widerrechtlich veräufsert ist. Hier trit während des Lebens des Vorstehers gar keine Verjährung ein [**].

§. 1025.

Res merae facultatis.

Sind diese Erfodernisse nicht vorhanden, so sind alle Rechte *res merae facultatis*, d. h. weder aus positiven, noch aus negativen Handlungen des Berechtigten entspringt an sich eine Verpflich-

[*k*] cap. 4. X. de parochiis (3. 29.). I. H. Boehmer ius parochial. S. 3. c. 3. §. 13.

[*l*] cap. 7. X. de praescr. (2. 26.). I. H. Boehmer I. C. P. L. 2. T. 26. §. 3. Rave l. c. §. 49. 50.

[*m*] Peinl. Ger. ordn. Art. 209. Meine Schrift, §. 22. vergl. auch damit unten §. 1028.

[*n*] L. 4. §. 6. 7. 11. 20. L. 32. pr. L. 42. h. t. (41. 3.).

[*o*] L. 48. de A. R. D. (41. 1.).

[*p*] L. 7. §. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.).

[*q*] I. H. Boehmer de iustitio (Exerc. T. 2). Müller ad Leyser Obs. 749. 750.

[*r*] L. 1. §. 2. C. de annali except. (7. 40.).

[*s*] L. 16. de fundo dotali (23. 5.).

[*] A. M. ist Kori §. 42. 44.

[**] c. 10. Causs. 16 qu. 3. Martin Rechtsgutachten 1. B. S. 256. 257.

tung, etwas Positives zu thun, oder zu unterlassen. Aber fast alle diese sogenannten *res merae facultatis* können, unter Voraussetzung der, bisher angegebenen Bedingungen, ein Gegenstand der Verjährung werden [t].

Zweyte Unterabtheilung.

Erfodernisse der einzelnen Arten der erwerbenden Verjährung.

§. 1026.

1) Erwerbung des Eigenthums.

Am vollständigsten sind die Gesetze über die erwerbende Verjährung des Eigenthums, in Rücksicht deren jetzt nichts mehr darauf ankommt, ob sie *usucapio*, d. h. durch das ältere Civil-Recht eingeführt, oder *praescriptio*, d.h. durch das prätorische Edict, und neuere Constitutionen begründet ist [u]. Wird sie binnen 3, 10, und 20 Jahren vollendet, so nennt man sie *usucapio* und *praescriptio longi temporis;* ist hingegen ein längerer Zeitraum dazu erfoderlich, so wird sie *praescriptio longissimi temporis* genannt.

§. 1027.

A) Praescr. longi temporis.

Zur Verjährung der kurzen Zeit gehört, 1) ausser den allgemeinen Erfodernissen jeder Verjährung, dafs der Besitzer einen gerechten Titel beweise [x], d. h. dafs die Sache durch ein unbedingtes [y], das zu erwerbende Recht begründendes [z], in Verhältnifs zu dem, gegen welchen die Verjährung stattfinden soll, unwiderrufliches [a], und in Rücksicht der contrahirenden Personen überhaupt nicht ungültiges Geschäft auf den Empfänger übertragen sey [b], das Geschäft sey nun einseitig, oder zweysei-

[t] Ueber die versch. Begriffe von res merae facultatis: I. G. Estor de abusu rerum merae facultatis. P. Toullieu collect. Diss. III. H. G. Bauer respons. T. 1. Resp. 1. Glück Comment. 1. B. §. 15. Meine angef. Schrift, §. 22. not. 1. Kori §. 40.

[u] Meine angef. Schrift, §. 9. 11. 14.

[x] L. 24. C. de R. V. (3. 32.).

[y] L. 2. §. 2. 3. 4. 5. pro emt. (41. 4.).

[z] L. 1. C. in quib. causs. cess. l. t. pr. (7. 34.).

[a] L. 13. pr. de donat. m. c. (39. 6.).

[b] L. 1. §. 4. pro donat. (41. 6.) L. 2. §. 1. pro hered. (41. 5.) L. 8. C. de praescr. l. t. (7. 33.).

tig [c]. Selbst wenn kein Titel da ist, aber auf eine entschuldbare Weise über dessen Existenz geirrt wird, findet die Verjährung (*ex titulo putativo*) statt [d]. Ueber einzelne Rechtsgründe des Besitzes finden sich in den Pandekten noch besondere Titel. Diese besonders aufgeführten Rechtsgründe sind: A) *titulus pro emtore*, wenn Jemand eine fremde Sache gekauft hat [e]. Bey diesem schadet denn auch dem Käufer der entschuldbare Irrthum nicht [f]. B) *Titulus pro herede*, wenn ein wirklicher Erbe eine, vom Erblasser in gutem Glauben besessene fehlerfreye Sache in dem Glauben, dafs sie zur Masse gehöre, zu sich nimt, oder der Nichterbe, als putativer Erbe eine verjährbare Sache wie Theil der Erbmasse besitzt [g]; doch entsteht daraus gegen den wahren Erben keine Usucapion [*], auch fällt diese ganz weg, wenn *sui heredes* da sind [**]. C) *Titulus pro donato*, wenn man eine fremde Sache geschenkt erhält [h]. D) *Titulus pro derelicto*, wenn man eine, vom Nichteigenthümer derelinquirte Sache als wirklich derelinquirt besitzt [i]. E) *Titulus pro legato*, wenn man eine, ungültig legirte Sache als Legat annimt [k]. F) *Titulus pro*

[c] S. Tit. P. pro emtore (41. 4.) Tit. pro herede (41. 5.) Tit. pro donato (41. 6.) Tit. pro derelicto (41. 7.) Tit pro legato (41. 8.) Tit. pro dote (41. 9.). Meine angef. Schr. §. 27.

[d] L. 11. pro emt. (41. 4.) L. 5. §. 1. pro suo (41. 10.). A. M. ist Branchu Obs. c. 19.

[e] Tit. pro emt. (41. 4.). Die Zahlung des Preises ist hier nicht nöthig. L. 8. de public. in rem act. (6. 2.). Voet L. 41. T. 1. §. 1. A. M. ist Hofacker T. 2. §. 970.

[f] L. 48. h. t. (41. 3.) L. 2. §. 6. pro emt. (41. 4.) vergl. mit L. 5. §. 1. pro suo (41. 10.) L. 11. pro emt. (41. 4.). Cuiac. ad African. Tract. VII. ad L. 11. cit. in opp. T. 1. p. 1405. 1406.

[g] L. 33. §. 1. h. t. (41. 3.) L. 11. de divers. temp. praescr. (44. 3.) vergl. mit L. 5. §. 1. pro suo (41. 10.). Ueber die Ideen Andrer s. Maiansius de usuc. pro her. (opp. T. 2.). Kessel de usuc. partus c. 1. §. 4. (Oelrichs Thes. Diss. Belg. Vol. 2. n. 2.). Voet L. 41. T. 3. §. 1. I. G. Brückmann de eo quod iustum est in usucap. circa tit. pro herede. §. 4. fgg. Westphal a. a. O. §. 660—670. Branchu obs. c. 20. Toullieu collect. Diss. 16. 17. G. Siegel de rer. hereditariarum usucapione. Lips. 1736.

[*] L. 29. h. t. (41. 3.) L. 8. C. de iur. delib. (6. 30.) L. 4. C. in quib. causs. cesset l. t. pr. (7. 34.). A. M. ist Voet L. 41. T. 5. §. 2.

[**] L. 2. C. de usuc. pro her. (7. 29.). Westphal §. 667.

[h] Tit. pro donat. (41. 6.).

[i] Tit. pro derelict. (41. 7.).

[k] Tit. pro legato (41. 8.).

dote, wenn dem wahren Ehemann [*l*], oder, ohne Vorbehalt des Eigenthums und ohne Schätzung, dem Bräutigam eine Sache zur Brautgabe übergeben ward [*m*]. Alle diese, und alle andere Titel und Besitzarten heifsen denn im Allgemeinen *titulus*, oder *possessio pro suo*; doch gebraucht man diese Ausdrücke insbesondere da, wo ein Titel keinen eigenen Kunstnamen hat [*].

§. 1028.

Fortsetzung. Ein ferneres Erfodernifs ist, 2) dafs die Sache, wenn sie überhaupt verjährbar ist, dieser besonderen Verjährung fähig sey. Unfähig sind A) alle Staats- und Privat-Güter des Regenten [*n*], welchen die Praxis die Güter der Städte gleichsetzt [*o*]. B) Unbewegliche Sachen der Kirchen und milden Stiftungen, und alle Sachen der Römischen Kirche [*p*]. C) Sachen, über welche ein Procefs angefangen, aber unvollendet geblieben ist, so weit dadurch eine Interruption erfolgte [*q*]. D) Sachen der Pupillen [*r*]. E) Sachen der Minderjährigen [*s*]. F) Sachen, deren Veräufserung durch Testamente, oder Gesetze untersagt ist [*t*]. G) Alle gewaltsam in Besitz genommenen, oder gestohlenen Sachen [*u*], sofern sie nicht unter dem Deutschen Begriff der geraubten und gestohlenen Sachen

[*l*] Ueber den putativen Ehemann widerstreiten sich L. 1. §. 4. pro dote (41. 9.) und L. 67. de iure dot. (23. 3.), vergl. Westphal §. 653. Voet L. 41. T. 9. §. 1.

[*m*] L. 1. §. 2. L. 2. pro dote (41. 9.). Chesii interpr. (in Iurispr. Rom. et Attic. T. 2.) Lib. 2. cap. 26.

[*] L. 1. §. 2. in f. pro dote (41. 9.) L. 1. pro suo (41. 10.).

[*n*] L. 6. C. de iure fisci (10. 1.) L. 14. C. de fundo patrimon. (11. 61.).

[*o*] Hofacker T. 2. §. 979.

[*p*] L. 23. C. de SS. eccl. (1. 2.) Auth. quas actiones C. eod. Nov. 9. Nov. 111. Nov. 131. c. 6. Voorda interpr. et emend. L. 3. c. 11. Bach de praescr. cent. ann. Lips. 1750. (op. n. 3.). Westphal a. a. O. §. 765—773.

[*q*] S. unten §. 1045. c.

[*r*] L. 3. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.) L. ult. C. in quib. causs. in int. rest. non est necess. (2. 41.). Meine Schrift §. 29. a. E. Ueberh. D. Schütte de praescriptione litis pendentiae. Goett. 1784. F. W. Hoffmann obs. iur. et proc. cameral. Goett. 1786. Obs. 9.

[*s*] L. 5. C. eod.

[*t*] L. 2. C. de usuc. pro emt. (7. 26.). Rave l. c. §. 21. Für die stricteste Interpretation ist hier Dabelow 1. B. S. 314—316. Kori §. 71.

[*u*] §. 2. 5. I. h. t. (2. 6.) L. 4. §. 6. L. 33. §. 2. D. eod. (41. 3.). Pulvaeus ad L. Atiniam (Otto Th. T. 4.).

stehen [x]. H) Sachen, welche ein Besitzer in bösem Glauben ohne Wissen des Eigenthümers veräuſsert hat [y]. Endlich I) die, vom Vater veräuſserten Adventitien der Söhne nach Aufhebung der väterlichen Gewalt [z].

§. 1029.

Fortsetzung. Sind diese beiden Erfodernisse vorhanden, so erwirbt man das Eigenthum beweglicher Sachen in 3, das Eigenthum unbeweglicher in 10 oder 20 Jahren, je nachdem beide Theile an-, oder abwesend, d. h. in derselben Provinz, oder jetzt unter demselben Oberrichter wohnhaft sind [a], bey welcher Berechnung denn, in vermischten Fällen, 2 Jahre der Abwesenheit auf 1 Jahr der Gegenwart gezählt werden [b]. Nur die *bona vacantia*, d. h. die dem Fiscus zur Erwerbung angefallenen Erbgüter, machen insofern eine Ausnahme, als sie vom Augenblick des Anfalls, wenn sie nicht sofort durch fiscalische Erklärungen zu fiscalischen Gütern wurden, absolut binnen 4 Jahren erworben werden können, und dabey auch nach den gewöhnlichen Principien der *usucapio*, wenn der Besitz derselben früher anfing, als die Anzeige des Anfalls dem Fiscus geschehen war [c].

§. 1030.

B) Pr. longissimi temporis. Ist die Sache zu der Verjährung der kurzen Zeit unfähig, oder fehlt dem Besitzer der gerechte Titel, so wird das Eigenthum derselben in der Regel binnnen 30 Jahren erworben [d];

[x] Vergl. oben §. 1023.

[y] Nov. 119. cap. 7.

[z] Nov. 22. cap. 24.

[a] pr. I. h. t. (2. 6.) L. un. C. de usuc. transf. (7. 31.) L. ult. C. de praescr. l. t. (7. 33.). G. C. Klügel de praescriptione trium annor. Viteb. 1787. Meine Schrift §. 31. a. E.

[b] Nov. 119. cap. 8. Toullieu de praesentia et absentia mixtoque tempore. Groning. 1719. (Collect. D. 18.). Meister vindiciae legislat. Iustiniani de mixto tempore comput. (op. n. 8.).

[c] §. 9. I. h. t. (2. 6.) L. 18. h. t. (41. 3.) L. 10. pr. de divers. tempor. praescr. (44. 3.) L. 1. §. 2. de iure fisci (49. 14.) L. 1. C. de quadr. praescr. (7. 37.).

[d] L. 3. 4. 8. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.). Vergl. auch überhaupt die, zu §. 1016. citirten Dissertatt. von Pohl, und Koch de praescr. longiss. tempor. Wirzb. 1807. Abweichend ist hier I. L. Koch de praescr. l. t. acquisitiva. Wircb. 1807.

auch wenn dem Besitzer erwiesen wird, daſs er keinen Titel habe [*e*]. In einigen Fällen ist jedoch jene Zeit nicht hinreichend. Denn Sachen der Römischen Kirche werden erst in 100, und die übrigen, §. 1028. unter A. B. C. D. genannten Sachen erst binnen 40 Jahren verjährt [*f*].

§. 1031.

2) Servituten. Auch Servituten können durch Verjährung erworben werden, und zwar 1) nach Römischem Recht A) binnen 10 und 20 Jahren, nach Verschiedenheit der Gegenwart oder Abwesenheit, sofern a) das Eigenthum dieser Sache binnen jener Zeit verjährt werden kann, und b) zugleich der Verjährende entweder einen gerechten Titel hat, oder die Servitut mit Wissen des Eigenthümers der Sache ohne Gewalt ausübt [*g*]. Nur dann, wenn ein Besitzer im bösen Glauben an einer fremden Sache eine Dienstbarkeit constituirt, ist zu dieser kurzen Verjährung immer die Wissenschaft des Eigenthümers erfoderlich [*h*]. Ist aber B) die Sache zu dieser kurzen Verjährung unfähig, so wird die Servitut binnen 30, 40 und 100 Jahren erworben, wiewohl nur extinctiv, d. h. so, daſs der Besitzer nur eine Einrede hat, je nachdem zur Erwerbung des Eigenthums bey dieser Art der Sachen diese Zeit erfoderlich gewesen wäre [*i*]. 2) Nach kanonischem Recht ist bey Servituten, welche dem gemeinen Recht widerstreiten, der Titel erfoderlich, und vom Verjährenden zu beweisen, sonst aber nicht [*k*]. Uebrigens ist es in Rücksicht der Zeit einerley, ob die Servitut *continua*, oder *discontinua* (§. 604.) ist [*l*]; auch versteht es sich, daſs der, welcher nach den Grundsätzen der Verjährung

[*e*] Abweichende Ideen haben Kori §. 71. 72. und Meine Schrift §. 34.

[*f*] S. die Allegate zu §. 1028.

[*g*] L. 12. in f. C. de praescr. l. t. (7. 33.) vergl. mit L. 11. §. 1. de publ. in rem act. (6. 2.) L. 10. pr. si serv. vind. (8. 5.) L. 1. 2. C. de serv. et aqua (3. 34.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 31. C. G. Walch de praescriptione servitutum constitutiva, Ien. 1797. Ueber die Ideen Andrer: Höpfner Comm. §. 352. Glück Comm. 9. B. §. 629.

[*h*] Nov. 119. cap. 7.

[*i*] L. 3. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.). Meine angef. Schrift, §. 36.

[*k*] cap. 1. de praescript. in 6. (2. 13.). Ueber die Ideen Andrer: Glück Comm. 9. B. §. 629. Kori §. 74—77.

[*l*] Cocceii ius contr. L. 8. T. 1. qu. 6. Müller ad Leyser Obs. 257.

des Eigenthums ein herrschendes Gut (§. 605.) erwirbt, eben damit auch die, demselben anklebenden Dienstbarkeiten erhält [m].

§. 1032.

3) Andere Rechte. Aufser dem Eigenthum und den Dienstbarkeiten können auch andre Rechte durch Verjährung erworben werden, nämlich a) die *superficies* und *emphyteusis* nach den, in Betreff der Servituten geltenden Grundsätzen [n]. b) Die Freyheit, und zwar, wenn dazu ein gerechter Titel vorhanden ist, binnen 10 und 20 Jahren unter Gegenwärtigen und Abwesenden; sonst nach 30 Jahren [o]. c) Die häufige Behauptung, dafs das Pfandrecht, und alle andern Rechte durch Verjährung erworben werden können, läfst sich an sich nicht vertheidigen, da wir kein Gesetz dafür haben. Nur das läfst sich behaupten, dafs Niemand von dem, welcher gegen ihn klagen konnte, aus dem Besitz eines Vortheils vertrieben werden kann, wenn er sich in gutem Glauben 30 Jahre ungestört darin befand [p], welches dann aber blofs eine erlöschende Verjährung ist [q].

Dritte Unterabtheilung.

Erfodernisse der einzelnen Arten der erlöschenden Verjährung.

§. 1033.

I) Grundsätze. Für die Lehre von der erlöschenden Verjährung mufs man zuerst folgende Hauptgesichtspuncte festsetzen: A) Kein Recht erlischt dadurch, wenn es nicht die Gesetze namentlich verordnet haben, und wenn sie es vorschrieben, nur insoweit, als ausdrücklich der Verlust des Rechts gedroht ist [r]. B) Die Zeiträume sind in den Fällen, welche die Gesetze enthalten, verschieden; doch gelten stets folgende Regeln: a) alle Klagrechte werden durch Litispendenz perpe-

[m] Vinnius l. c.

[n] L. 14. C. de fund. patrimon. (11. 61.). Meine angef. Schrift, §. 35.

[o] L. 2. C. de l. t. pr. (7. 33.). Rave l. c. §. 97.

[p] L. 3. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.).

[q] Meine Schrift, §. 37. A. M. ist Kori §. 74.

[r] Meine angef. Schrift, §. 38. 39.

tuirt, jedoch auf verschiedene Art [s]. b) Die Rechte des Römischen Stuhls erlöschen erst in 100, die der Kirchen, wenn sie nach gemeinem Recht in 10 und mehreren Jahren würden verjährt seyn, binnen 40 [t], und alle andern Rechte, welche durch die erwerbende Verjährung erst binnen 30 und 40 Jahren erworben werden, gleichfalls nur in dieser Zeit [u], es sey denn, daſs die Gesetze namentlich eine Ausnahme machen, wie dieſs in Ansehung der Minderjährigen der Fall ist [x].

§. 1034.

II) Arten. 1) Verjährung der Klagen;

Fast unbedingt der erlöschenden Verjährung unterworfen sind die Klagen, und zwar unter folgenden Haupt-Regeln: A) im Zweifel sind alle Klagen *perpetuae*, d. h., in der Sprache des Codex, binnen 30 Jahren anzustellen, wenn sie nicht in besonderen älteren oder neueren Gesetzen eine längere oder kürzere Frist (in welchem letzten Fall sie *actiones temporales* heiſsen) sollten erhalten haben [y]. B) Damit aber die Verjährung der Klage anfange, und ihren Fortgang behalte, ist erfoderlich: 1) daſs die Anstellung der Klage rechtlich möglich (*actio nata*) sey [z]. Daher erlischt z. B. das Recht, das *pactum addictionis in diem* (§. 958.) geltend zu machen, erst von dem Augenblick, da dem Verkäufer ein besseres, von ihm angenommenes Gebot geschehen ist [a]. Als Regel kann man hier annehmen, daſs bey zweyseitigen Verpflichtungen keine Klage eher entsteht, als bis man sich zu der Leistung, wodurch das Klagrecht begründet wird, wirklich erbietet [b]. Daher erlischt das Wiedereinlösungsrecht (*ius reluendi*) des Verpfänders erst von dem Augenblick, da er die Pfandschuld bezahlt [c], und das Recht des

[s] S. unten §. 1045. c.

[t] Auth. Quas actiones C. de SS. eccl. (1. 3.).

[u] Meine Schrift, §. 41.

[x] S. darüber unten §. 1046.

[y] L. 3. 4. C. de praescr. 30 ann. (7. 39.). Groening flor. sparsi ad praescr. contra civitates. Giess. 1775. p. 26.

[z] L. 7. §. 4. C. eod. L. 1. §. ult. C. de annal. except. (7. 40.).

[a] Menken de actionibus, ex edit. Madihn pag. 624. et ibi Madihn. A. M. sind Stryk U. M. L. 18. T. 2. §. 8. Wernher lect. comm. ibid. §. 1.

[b] L. 9. §. 3. 5. de pign. act. (13. 7.) L. 13. §. 4. de pignor. (20. 1.).

[c] P. Toullieu collect. Diss. 3. Schmidt opusc. de praescr. circa pign. opusc. 2. 3.

Wiederkaufs (§. 957.) erst von dem Augenblick, da der Verkäufer, unter Anbietung des Preises, sich zum Wiederkauf erboten hat, sofern nicht ein Anderes bedungen ward [*d*]. Ferner 2) muſs derjenige, welcher aus dieser Verjährung einen Besitzstand gewinnen will, die ganze Zeit fortwährend in diesem Besitzstande gewesen seyn, und verjährt nie weiter, als dieser Besitz geht (*tantum est praescriptum*, *quantum possessum*) [*e*]. Daher ist die *actio finium regundorum* (§. 576.), so lange die Grenzverwirrung dauert, die persönlichen Entschädigungsfoderungen abgerechnet [*f*], unverjährbar [*g*]; und eben so erlischt bey dem Recht, gewisse **Gefälle in Terminen** (*annua*, *menstrua*, u. s. w.) zu fodern, nach 30 Jahren nur das Recht auf die einzelnen Gefälle, das ganze Recht aber erst dann, wenn der Verpflichtete dem Recht **überhaupt** widersprochen, und der Berechtigte sich die Verjährungszeit dabey beruhigt hat [*h*]. Auſserdem ist 3) erfoderlich, daſs der, welcher gewinnen soll, das Recht seines Gegners nicht anerkenne [*i*]. Daher ist denn der Satz, daſs die *actio communi dividundo* (§. 574.), *finium regundorum* (§. 576.), *familiae herciscundae* (§. 730.), und *pro socio* (§. 884.) gleichfalls in 30 Jahren erlöschen [*k*], nur unter der Voraussetzung zu verstehen, daſs ein Theil sich wider den andern etwas ausschlieſslich angemaſst hat [*l*]. Sollten aber 4) die Bedingungen der erlöschenden Verjährung noch nicht

A. M. sind Vinnius qu. sel. L. 2. c. 6. Westphal Pfandr. §. 250. S. auch Erxleben de iure pign. §. 294. 295. Cocceii I. C. L. 13. T. 7. qu. ult. et Emminghaus ibid. Glück Comm. 14. B. S. 170 —177.

[*d*] Ueber die Ideen Andrer s. Menken l. c. p. 225. Höpfner Comm. §. 873. not. 4. und Weber in d. Not. zu §. 1182. not. 3.

[*e*] S. oben §. 1020.

[*f*] Pufendorf T. 1. Obs. 42.

[*g*] Hellfeld iur. for. §. 719. Ueber die Ideen Andrer s. Fachinei contr. L. 6. c. 36. Cocceii l. c. L. 10. T. 1. qu. 5. Müller ad Leyser Obs. 720. Auch das interstitium (§. 583.) ist jetzt verjährbar. L. ult. C. fin. reg. (3. 39.). I. E. Wittert de praescript. quinque pedum (in Oelrichs Thes. nov. nr. 7.).

[*h*] Rave de praescr. §. 119 —123. Meine Schrift über Verj. §. 60. A. M. sind I. H. Boehmer de praescript. annuorum redituum realium (Exerc. T. 5.). Müller ad Leyser Obs. 449. 601.

[*i*] S. oben §. 1020.

[*k*] L. 1. §. 1. C. de annal. except. (7. 40.).

[*l*] Rave l. c. §. 127. 147—149.

eingetreten seyn, wohl aber die, der erwerbenden, so folgt von selbst aus der letzten die erste [*m*].

§. 1035.

Regel. Ausnahmen.

Die Regel, daſs alle Klagen 30 Jahre dauern, hat viele Ausnahmen. Man unterscheide hier I) die Fälle, da Klagen überhaupt ein anderer Termin gesetzt ist. Dieſs findet statt: 1) wenn die Frist verlängert wird, und zwar A) bey der Klage, wodurch eine Spielschuld zurückgefodert wird, so wie B) in Rücksicht der persönlichen Klagen des Fiscus. Jene dauert 50 [*n*], diese währen 40 Jahre [*o*]. Auch machen die sonstigen Klagen des Staats und der Kirchen in der Regel eine Ausnahme (§. 1033.). 2) Kürzer dauern A) von den Real-Klagen die *querela inofficiosi testamenti*, welche, so wie die, derselben gleichgestellte *querela inofficiosae donationis* nur 5 Jahre währt [*p*]. B) Von den persönlichen, und zwar a) den reipersecutorischen Klagen dauert die Klage auf Entschädigung gegen den Fiscus wegen veräuſserter Sachen, so wie die Klage des Fiscus gegen den Besitzer erbloser Güter, in gewissen Fällen nur 4 Jahre [*q*]; das Recht auf eine Separation der Erbmasse im Concurse [*r*], oder eine Untersuchung des *status* eines Verstorbenen zu dringen, nur 5 Jahre [*s*]; und die persönliche Klage auf Einräumung des Nieſsbrauchs nach Maaſsgabe der Gegenwart oder Abwesenheit nur 10 oder 20 Jahre [*t*]. Dagegen geht das Recht des Verkäufers, aus dem *pacto commissorio* (§. 959.) zu klagen, verloren, wenn der Verkäufer sich nach Eintritt der Verwirkung nicht sofort für dieselbe erklärt [*u*].

[*m*] Toullieu l. c. §. 64—80. Meine angef. Schrift §. 45.

[*n*] L. ult. C. de aleae usu et aleatoribus (4. 43.).

[*o*] L. 4. L. 6. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.).

[*p*] L. 8. §. ult. de inoffic. test. (5. 2.) L. 34. C. eod. (3. 28.) L. ult. C. de inoffic. donat. (3. 29.).

[*q*] S. oben §. 1029.

[*r*] L. 1. §. 13. de separat. (42. 6.).

[*s*] Tit. P. ne de statu defuncti post quinqu. (40. 15.) Tit. C. eod. (7. 21.).

[*t*] L. 16. §. 1. C. de usufr. (3. 33.). Meine angef. Schrift, §. 51.

[*u*] L. 4. §. 2. de leg. comm. (18. 3.). Wie viel Zeit zu dem: statim, gehört? ist streitig. E. G. C. Klügel de leg. commiss. speciatim de praescriptione actionis ex ea datae. Wittenb. 1795. §. 12. fgg.

§. 1036.

Fortsetzung. Eine besondere Ausführung verdienen noch die Zeiträume, binnen denen klagend [x] Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden kann. Man bemerke: I) die Civil-Restitutionen (§. 1005.) können in der Regel binnen 30 Jahren gesucht werden, weil kein Gesetz sie auf kürzere Zeit beschränkt. II) Die *actio redhibitoria* (§. 190.) kann in 6 Monaten, die *actio quanti minoris* 1 Jahr angestellt werden, wenn wegen der Mängel Caution geleistet ist. Sonst aber, oder wenn nur wegen der Accessionen geklagt wird, oder die Uebertragung unter dem *pacto displicentiae* (§. 960.) geschah, dauert jene nur 2, die letzte nur 6 Monate, welche Fristen sämmtlich *tempora utilia* (§. 129.) sind [y]. Alles dieses gilt denn auch, wenn wegen der Fehler die Contractsklage angestellt wird [z]. III) Die prätorischen Restitutionen (§. 1005.) sollen jetzt binnen 4 Jahren, welche in Rücksicht ihres Laufs ein *tempus continuum*, aber in Rücksicht des Anfangs ein *tempus utile* (§. 129.) sind, in den Fällen gesucht werden, da sie sonst binnen einem *anno utili* erbeten werden mufsten [a]. Daraus folgt: 1) die *actio quod metus caussa* kann (wenn man den Römischen Ideen folgt), auf das Vierfache nur 4 Jahre, sonst aber, oder wenn kein anderes Rechtsmittel stattfindet, 30 Jahre angestellt werden [b]. 2) Die *actio de dolo* dauert ein *biennium continuum*; aber die *actio in factum* wegen eines Betrugs 30 Jahre [c]. 3) Minderjährige müssen von erlangter Volljährigkeit an, binnen 4 Jahren Restitution suchen [d]. In einem gewissen Fall [e] ist diese Zeit noch um 3 Jahre verlängert. Erhielt ein *minor*

[x] Denn die exceptio restitutionis ist nach §. 1040. unverjährbar.

[y] L. 19. §. ult. L. 28. L. 31. §. 22. L. 38. L. 55. de aedil. edict. (21. 1.). H. ab Aschen de praescript. redhibitionis. Goett. 1788.

[z] Meine Schrift, §. 50.

[a] L. 7. C. de tempor. in int. rest. (2. 53.). Ueberhaupt: I. C. Koch de praescr. rest. in integrum. Giess. 1784. Meine angef. Schrift, §. 49. A. M. in Betreff des: ratione initii utile, ist Koch l. c. §. 2. 3. Allein s. Kind quaest. for. T. 3. cap. 40.

[b] L. 14. §. 1. 2. quod met. causs. (4. 2.) L. 4. C. de his quae vi (2. 20).

[c] L. 8. C. de dolo malo (2. 21.).

[d] L. 7. C. de tempor. in int. rest. (2. 53.).

[e] Dieser ist schon §. 836. angegeben.

venia aetatis, so läuft die Restitutionszeit von da an; doch wird er stets bis zur Vollendung der Minorennität restituirt [*f*]. Stirbt aber der, welcher der Minderjährigkeit wegen restituirt werden konnte, so unterscheide man: A) er stirbt als *maior*. Beerbt ihn dann a) ein *maïor*, so erhält dieser die, dem Erblasser noch übrig gewesene Zeit; beerbt ihn hingegen b) ein *minor*, so hat derselbe an sich auch nur diese Zeit, aber erst vom Augenblick der Volljährigkeit, oder *venia aetatis*. Stirbt er B) als *minor*, so erhält a) der erbende *maior* vom Augenblick der Erbantretung; b) der *minor* vom Augenblick der Volljährigkeit, oder *venia aetatis*, 4 Jahre Restitution [*g*]. Denen, welche nach dem Beyspiel der Minderjährigen restituirt werden, laufen jene 4 Jahre, als *tempus ratione cursus utile*, erst vom Augenblick der erlangten Wissenschaft der Verletzung [*h*]. 4) Die *restitutio ob capitis deminutionem* kann 30 [*i*], dagegen 5) die *restitutio ob absentiam* nur 4 Jahre gesucht [*k*], und eben so 6) die *actio in factum* auf Anfechtung einer *alienatio iudicii mutandi caussa* nur binnen 4 Jahren angestellt werden [*l*]. Endlich 7) dauert die *actio Pauliana* in ihrem vollen Umfange gleichfalls nur 4, wenn sie aber bloſs auf Herausgabe dessen, wodurch der Besitzer bereichert ist, angestellt wird, 30 Jahre [*m*], welche Zeit mit der vollendeten Veräuſserung der Concursmasse zu laufen anfängt [*n*].

§. 1037.

Fortsetzung. b) Von den Pönal-Klagen dauern I) die öffentlichen Anklagen in der Regel 20 Jahre [*o*]. II) Von den Privat-Klagen währen 1) die prä-

[*f*] L. 5. C. de his qui ven. aetat. (2. 45.).

[*g*] L. 6. de in int. rest. (4. 1.) L. 18. §. ult. L. 19. de minor. (4. 4.) L. 5. C. de tempor. rest. in int. (2. 53.). Irrige Ideen hat Hellfeld iur. for. §. 463.

[*h*] Cap. 1. 2. de in int. rest. in 6. (1. 21.). I. H. Boehmer I. E. P. L. 1. T. 41. §. 9. 11.

[*i*] L. 2. §. 1. §. ult. de cap. min. (4. 5.).

[*k*] L. 7. C. de tempor. in int. rest. (2. 53.).

[*l*] L. 6. de alienat. iudic. mut. causs. (4. 7.) vergl. mit L. 7. C. cit. A. M. ist Boehmer ius D. L. 4. T. 7. §. 4.

[*m*] L. 10. pr. §. 24. quae in fraud. cred. (42. 8.). Danz summ. Proc. §. 113.

[*n*] L. 18. §. 10. de iure fisci (49. 14.). Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 452.

[*o*] L. 3. de requirend. reis (48. 17.). L. 12. C. ad L. Cornel. de falsis (9. 22.). Ueberh: E. F. Hallacher de praescr. crim. Erl. 1788. Gründler

torischen in der Regel nur ein Jahr, d. h. wer aus dem prätorischen Edict eine Strafe verfolgt, kann diese nur binnen einem *anno utili* (§. 129. einfodern; doch ist die Klage *perpetua* (§. 1034.), sofern der Besitzer nur auf Herausgabe dessen, was ihn bereichert, belangt wird [*p*]. Daher können die, sämmtlich auf dem prätorischen Edict beruhenden Interdicte in der Regel nur binnen einem Jahre auf das Interesse, und nachher bloſs auf Herausgabe der Bereicherung angestellt werden. Zwar finden wir darüber nur einzelne Entscheidungen [*q*]; aber da sie Folge jener Regel sind, so müssen denn auch die besondern Interdicte, über deren Verjährung die Gesetze schweigen, nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden [*r*]. *Perpetua* sind jedoch das *interdictum unde vi*, wenn die Leute eines Abwesenden entsetzt wurden [*s*], und das *interdictum de precario* [*t*], während, nach der offenbar irrigen gemeinen Meynung, das *interdictum de glande legenda* nur 3 Tage währt [*u*]. Auſserdem können binnen 30 Jahren angestellt werden: A) die *actio furti manifesti* [*x*], und was dieser gleich ist, nämlich die *actio arborum furtim caesarum*, *servi corrupti*, und *rationibus distrahendis* [*y*]. B) die *actio de deiectis et effusis*, wenn sie nicht wegen eines getödteten freyen Menschen angestellt wird [*z*]. C) Alle, auf eine Strafe gerichteten, aus einem bürgerlich bestätigten Geschäft entspringenden Klagen, wie die *actio de recepto* [*a*], und die *actio depositi* wegen eines abgeläugneten *depositi miserabilis* [*b*]. 2) Die Civil-Pö-

v. d. Verj. d. peinl. Strafe. Halle 1796. Kori §. 176—184.

[*p*] pr. I. de perpet. et tempor. act. (4. 12.) L. 35. de O. et A. (44. 7.) L. 2. C. unde vi (8. 4.) L. 21. §. 5. rer. amotar. (25. 2.) vergl. mit. L. 2. C. eod. (5. 21.).

[*q*] L. 4. de interd. (43. 1.) L. 1. pr. §. 39. de vi (43. 16.) L. 2. C. unde vi (8. 4.) L. 1. pr. uti poss. (43. 17.) L. 15. §. 3. L. 22. pr. quod vi aut clam (43. 24.) L. 3. §. ult. de lib. hom. exhib. (43. 29.).

[*r*] A. M. ist Savigny d. Recht des Besitzes. S. 363. 364.

[*s*] L. 1. C. si per vim (8. 5.).

[*t*] L. 8. §. 7. de precario (43. 26.).

[*u*] Man vermengt hier bey Berufung auf L. un. pr. de glande leg. (43. 28.) offenbar das: binnen 3 Tagen, mit dem: je um den dritten Tag.

[*x*] pr. I. l. c.

[*y*] L. 13. de servo corrupto (11. 3.) L. 1. §. 23. de tutelae et rat. distr. (27. 3.) L. 7. §. 6. arborum furt. caes. (47. 7.).

[*z*] L. 5. §. 4. de his qui effuder. (9. 3.)

[*a*] L. ult. §. 6. naute caupon. stab. (4. 9.).

[*b*] L. 18. depos. (16. 3.).

nalklagen sind von der Regel (§. 1034.) nicht ausgenommen [c]. Zwar wollen Manche die Injurien-Klage unbedingt auf 1 Jahr beschränken [d]; allein man kann diefs nur da zugeben, wo sie auf prätorischem Recht beruht [e].

§. 1038.

Fortsetzung. 3) Bald länger, bald kürzer als 30 Jahre dauert die *actio hypothecaria*, nämlich A) wenn der Schuldner das Pfand besitzt, 40 Jahre. B) Besitzt es ein Dritter, a) als Pfandgläubiger, so dauert sie beym Leben des Schuldners 40, nach dessen Tode 30 oder 40 Jahre, je nachdem er sich die Besitzjahre beym Leben des Verpfänders anrechnen will, oder nicht. Besitzt er aber b) als Eigenthümer, und zwar so, dafs er sie in kurzer Zeit verjähren kann, so erlischt die Klage unter Gegenwärtigen in 10, unter Abwesenden in 20, sonst aber in 30 Jahren [f].

§. 1039.

Beschlufs. Aufserdem gibt es nun noch II) Fälle, da eine, an sich nicht ausgenommene Klage unter Umständen von der Regel abweicht. Denn so dauert 1) die *actio de peculio* nach aufgehobener Gewalt nur 1 Jahr gegen den Vater [g]. 2) Die *actio pignoratitia* auf Einlösung eines, dem Gläubiger vom Regenten zugeschlagenen Pfandes, nur 2 Jahre [h], und 3) die *rei vindicatio* des Minderjährigen, wenn dessen Curator eine Sache ohne Decret veräufserte, nur 5 Jahre nach erlangter Grofsjährigkeit. Doch ist diese sogenannte Verjährung eigentlich blofs nach den Grundsätzen der Genehmigung zu beurtheilen [i].

[c] pr. I. h. t. (4. 12.).

[d] Weber v. Injur. 2. Abth. §. 18.

[e] L. 5. C. de iniur. (9. 35.). Meine Schrift, §. 53. a. E.

[f] L. 7. pr. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.) L. 1. §. 1. C. de annali except. (7. 40.). Höpfner Comment. §. 1186.

[g] S. oben §. 369.

[h] L. 3. §. 2. C. de domin. iure impetrando (8. 54.).

[i] L. 3. C. si maior factus (5. 74.) vergl. mit Meiner angef. Schrift, §. 55. I. P. Schmidt de vindic. rer. pupillar. ad quinquenn. restricta. Rost. 1741. Hofacker princ. T. 1. §. 672. N. Binder de praescr. quinquennii circa res minor. sine decreto alienatas. Tub. 1808.

§. 1040.

2) der Einreden; Die Einreden gehen in der Regel nicht durch Verjährung verloren [k]. Nur wenige Ausnahmen gibt es in Ansehung der *exceptio non numeratae et solutae pecuniae* und *dotis* [l], und in Ansehung der Einrede der Competenz, wenn ein von der väterlichen Gewalt befreyter Sohn wegen einer, unter der Gewalt contrahirten Schuld nach vielen Jahren belangt wird [m].

§. 1041.

3) der Servituten; Auch Servituten erlöschen durch Verjährung, unter Gegenwärtigen in 10, unter Abwesenden in 20 Jahren [n], woraus man aber auf andre, denselben ähnliche einheimische Rechtsinstitute nicht schliefsen darf [o]. Es sind hier aber noch folgende Einschränkungen zu bemerken: A) negative, und alle *servitutes urbanae* setzen eine *usucapio libertatis* (§. 1017.) des Herrn der dienenden Sache voraus; affirmative persönliche, und *rusticae* gehen durch blofsen Nichtgebrauch verloren [p], welches jetzt auch von der *habitatio* gilt [q]. B) *Servitutes reales discontinuae* (§. 604.) erlöschen stets in 20 Jahren [r], persönliche *discontinuae*, und das Recht des Fufssteigs zu einem Grabmahl gar nicht [s]; doch kann die *actio confessoria* auch hier in 30 Jahren verloren gehen, wenn der Servitut widersprochen ist [t].

[k] L. 5. §. 6. de doli except. (44. 4.) L. 5. C. de except. (8. 36.). Höpfner Comm. §. 1199. not. 2. A. M. ist Wehrn v. d. gerichtl. Einwend. §. 7.

[l] S. unten im Procefs die Lehre v. d. Beweiskraft der Urkunden.

[m] S. oben §. 107. nr. 9.

[n] L. 6. de S. P. U. (8. 2.) L. 16. §. 1. C. de usufr. (3. 33.) L. 13. C. de servit. (3. 34.). Meine angef. Schrift, §. 8. 57. 58. 59. Vergl. auch noch Glück Comm. 9. B. §. 641. Dabelow 2. B. §. 172—176. Kori §. 88. C. Eichmann de non usus natura, vi, atque historia. Altenb. 1811.

[o] Meine angef. Schrift, §. 60.

[p] S. vorhin not. n. und über die Ideen Andrer: A. A. F. Mallinkrott de praescript. servit. extinctiva. Ien. 1788. Höpfner Comm. §. 568. Hofacker princ. T. 2. §. 1109.

[q] L. 10. pr. de usu (7. 8.) vergl. mit L. 13. C. de usufr. (3. 33.) in den Worten: ut non antecellat usumfructum.

[r] L. 7. quem. serv. am. (8. 6.) L. ult. pr. C. de servit. (3. 34.). Rave l. c. pag. 188. not. a.

[s] L. 4. quem. serv. am. (8. 6.) L. 28. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 13. de usufr. legat. (33. 2.).

[t] Meine Schrift, §. 58.

§. 1042.

4) der väterl. Gewalt; Die väterliche Gewalt kann zwar nicht klagend geschützt werden; wenn der Sohn sich 30 Jahre die Freyheit angemafst hat [u]; aber überhaupt geht sie nicht durch Extinctiv-Verjährung verloren, wenn auch gleich daraus, dafs der Vater den Sohn lange hat als Hausvater leben lassen, eine Vermuthung der geschehenen Emancipation entspringt [x].

§. 1043.

5) der Privilegien; Dagegen erlöschen Privilegien unbedingt nach kanonischem Recht durch Verjährung, wenn sie binnen einer gewissen Zeit nicht ausgeübt sind, oder ihnen entgegengehandelt ist [y]; nur ist nicht auszumachen, ob der Zeitraum ein 10 und 20, oder ein 30jähriger seyn soll [z].

§. 1044.

6) des Erbrechts; Auch das Recht, eine Erbschaft anzutreten, oder zu agnosciren, erlischt in manchen Fällen. Man unterscheide: 1) Der Civil-Erbe ward A) von den Interessenten zur Erklärung über die Antretung aufgefodert. Dann mufs er um eine Deliberationsfrist nachsuchen, wobey denn sein Schweigen binnen der ausgewirkten Frist nach Umständen als Annahme oder Entsagung behandelt wird [a]. Will gegen ihn ein Notherbe die *querela inofficiosi testamenti* anstellen, so mufs er, um nicht als Erbe behandelt zu werden, binnen 6 Monaten, oder 1 Jahre die Erklärung abgeben, je nachdem er an-, oder abwesend ist [b]. B) Ward der Erbe nicht gedrängt, so kann er, der Anfall der Erbschaft mochte ihm nun bekannt geworden seyn, oder nicht, die Esbschaft antreten, wann er will; doch ist ihm diefs insofern unnütz, als ein Andrer in der Zwischenzeit das Eigenthum einzelner Sachen durch die er-

[u] L. 3. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.).

[x] L. 1. C. de patria potest. (8. 47.). Meine Schrift, §. 61. Ueber die Ideen Andrer: Glück Comment. 2. B. §. 156. Müller ad Leyser Obs. 100.

[y] Cap. 6. 15. X. de privil. (5. 33.).

[z] Meine angef. Schr. §. 62. A. M. sind Viele. Vergl. Glück Comment. 2. B. §. 110.

[a] S. oben §. 722.

[b] L. 36. §. 2. C. de inoffic. test. (3. 28.).

werbende Verjährung erlangt hat [c]. 2) Die *bonorum possessio* (§. 674.) kann agnoscirt und gebeten werden innerhalb eines kurzen *temporis ratione initii et cursus utilis* [d], und zwar A) von Kindern und Aeltern 1 Jahr, welches, wenn die Kinder als Intestat-Erben die *b. p.* agnosciren, verdreyfacht wird [e]. B) Andern Personen ist nur eine Frist von 100 Tagen gegeben [f]. Wo indeſs nach Justinians Vorschrift der Civil-Erbe von der Erbschaft ausgeschlossen seyn soll, da kann man ihn nun auch nicht mehr als prätorischen Erben zulassen [g].

§. 1045. a.

7) Andre Fälle. Auſser den, bisher angeführten gibt es noch folgende, kurz zu berührende Fälle der erlöschenden Verjährung: A) bey Zoll-Defraudationen [h]. B) Das Vorkaufsrecht des Herrn der Emphyteusis geht in 2 Monaten [i], und C) das Miteigenthum in einem gewissen Fall [k] in 4 Monaten verloren. D) Wer zur Tutel gerufen ist, muſs, wenn er 400 (Römische) Meilen von der Stadt wohnt, binnen 30 Tagen seine Excusation anbringen. Ist er entfernter, so erhält er noch für jede 20 Meilen einen Tag. Die Ausführung der Excusation muſs in 4 Monaten geschehen [l]. E) Wer einige Jahre zu geringe Zinsen gegeben hat, braucht nachher nicht mehr zu zahlen [m].

[c] L. 1. C. de suis lib. (6. 55.) L. 9. C. de iure delib. (6. 30.) L. 3. C. de petit. hered. (3. 31.) L. 4. C. in quib. causs. cesset l. t. pr. (7. 34.) vergl. mit §. 1027. not. *. Schöman Handb. 2. B. S. 343—355. Zum Theil falsche Ansichten geben Meine Vers. 2. B. n. 7. Meine Schrift über Verjähr. §. 63. S. 164.

[d] L. 9. 10. de bon. poss. (37. 1.) L. 2. pr. §. 1. 2. quis ordo in poss. (38. 15.).

[e] L. 1. §. 10. 11. 16. de success. edict. (38. 9.) L. 4. §. 1. quis ordo in poss. (38. 15.).

[f] §. 4. I. de bon. poss. (3. 10.) L. 1. §. 12. de success. edicto (38. 9.).

[g] Mein Grund liegt in §. 674. a. E. Ueber die Ideen Andrer s. Glück v. d. Intestat-Erbfolge §. 82.

[h] S. oben §. 338. nr. 2.

[i] L. 3. C. de iure emphyt. (4. 66.).

[k] S. oben §. 602.

[l] L. 16. L. 38. L. 39. L. 45. §. 1. de excusat. (27. 1.).

[m] L. 5. C. de usuris (6. 47.). Struben 1. B. 168. Bed. Müller ad Leyser Obs. 483.

Vierte Unterabtheilung.

Ueber die Hindernisse der Verjährung.

§. 1045. b.

Eintheilungen.

Die Hindernisse der Verjährung sind dreyfacher Art: I) Wenn die Verjährung vom Anfang an nicht läuft. Diefs nennt man Hindernisse (*impedimenta*) im eigentlichen Sinn. II) Wenn sie zwar läuft, aber vor der Vollendung gehemmt wird. Dabey sind diese zwey Fälle: 1) durch den hemmenden Umstand werden die Vortheile des bisherigen Besitzes nicht vernichtet, und der letzte wirkt also fort, wie jener Umstand wieder wegfällt. Diefs nennt man Ruhen, oder Schlafen der Verjährung (*pr. dormiens*). 2) Er vernichtet die Vortheile des bisherigen Besitzes. Diefs heifst *Interruptio*, welche man denn wieder in *naturalis* und *civilis* eintheilt. III) Wenn die Verjährung zwar vollendet, aber nachher wieder aufgehoben wird. Diefs heifst Restitution gegen die Verjährung. Da die Lehre von den Hindernissen im engern Sinn schon in der bisherigen Darstellung enthalten ist, und die Lehre vom Schlafen der Verjährung und der *interruptio naturalis* ebenfalls oben (§. 1020. 1024.) erörtert werden mufste: so kann hier nur noch von der *interruptio civilis*, und der Restitution gehandelt werden.

§. 1045. c.

Insbesondere I) Interruptio civilis.

Die Civil-Interruption trit ein, wenn, ohne dafs der Besitz selbst wegfällt, durch gerichtliche Anträge die Verjährungsfähigkeit aufgehoben wird. Diefs kann geschehen: 1) bey allen Arten der Verjährung, wenn der Verjährende abwesend ist, und nun gegen ihn eine gehörige Protestation eingelegt wird [*n*]. 2) In Beziehung auf die Verjährung aller Arten der Klagen durch ausgewirkte Citation. Erfolgt nämlich diese Citation [*o*], so wird, in Beziehung auf den Kläger [*p*], die Verjährung so inter-

[n] L. 14. §. 4. C. de n. n. pec. (4. 30.) L. 2. C. de annal. exc. (7. 40.).

[o] L. 3. C. de ann. exc. (7. 40.) cap. 20. X. de offic. et potest. iud. del. (1. 20.) cap. 10. X. de offic. leg. (1. 30.) Clem. 2. ut lite pend. (2. 5.). I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 3. §. 17. T. 16. §. 2. 3.

[p] L. 1. C. de pr. l. t. (7. 33.).

rumpirt, daſs, wenn der Proceſs liegen bleibt, nun von dem letzten Act des ruhend gebliebenen Processes an erst die 40jährige Präscription wieder zu laufen anfängt [*q*]. Diese Interruption wirkt denn natürlich auch bey der erwerbenden *praescriptio longissimi temporis*, insofern diese hauptsächlich auf der Klagenverjährung beruht. Allein bey der *usucapio* und *longi temporis praescriptio* haben weder Citation, noch Einlassung die Wirkung der Interruption [*r*], obgleich dabey, wenn nach der Einlassung die Sache verjährt wird, der Beklagte zur Restitution derselben gehalten ist [*s*]. 3) Prätorische Annal-Klagen werden perpetuirt, wenn man sie bey dem Regenten anbringt, und dieser darauf rescribirt [*t*].

§. 1046.

II) Restitution 1) der Minderjährigen;

Sowohl Minderjährige, als Groſsjährige können gegen den Ablauf einer, ihnen nachtheilig gewordenen Verjährung Restitution erhalten. In Rücksicht der ersten, denen denn in Rücksicht ihrer Immobilien (nach (§. 548.) alle diejenigen gleich sind, welche *venia aetatis* erhielten, unterscheide man: 1) gegen die *praescriptio conventionalis*, *testamentaria*, und *iudicialis* werden sie stets restituirt [*u*], nicht aber 2) gegen die gesetzliche. Denn die Verjährung unter 40 und 30 Jahren läuft gar nicht gegen Pupillen und Minderjährige, und sie bedürfen hier also nicht der Restitution [*x*]; gegen die *praescriptio*

[*q*] L. 9. C. de praescr. 30 ann. (7. 39.) L. 1. §. 1. C. de annal. exc. (7. 40.). Auf verschiedene Art abweichend sind Hommel rhaps. V. 1. Obs. 109. p. 172. Winkler de litis contest. Sect. 3. §. 3. Glück Comm. 6. B. §. 503.

[*r*] L. 10. C. de l. t. pr. (7. 33.). Hufeland Handb. d. C. R. 1. B. §. 717. Plank v. d. Verj. nach Franz. R. S. 112. 113. in not. — Abweichend auf verschiedene Art sind Charondas verisim. L. 3. c. 6. (Otto Thes. T. 1.). Glück Comm. 4. B. §. 336. a. Voet L. 41. T. 3. §. 19. Westphal §. 558. und dann Gail Obs. L. 1. Obs. 74. n. 22. Struv synt. Ex. 43. Th. 28.

[*s*] L. 18. 20. 21. de R. V. (6. 1.) L. 2. §. 21. pro emt. (41. 4.) L. 2. pro her. (41. 5.) L. 26. C. de R. V. (3. 32.) L. 1. C. de praescr. l. t. (7. 33.).

[*t*] L. 2. C. quando libell. (1. 20.).

[*u*] L. 38. de minor. (4. 4.) L. 3. §. 8. eod. Ueberh. I. H. Boehmer de cursu praescript. contra minores suspenso (Exerc. T. 2.). Meine angef. Schrift, §. 64—71.

[*x*] L. 5. C. in quib. causs. in int. rest. (2. 41.).

longissimi temporis aber werden sie nicht restituirt [y]. Es gibt hievon jedoch Ausnahmen. Denn A) läuft bey *actionibus meram vindictam spirantibus* (§. 68.) die gewöhnliche Verjährung wider sie, ohne daſs sie restituirt werden [z]; auch findet B) in folgenden Fällen, unter Vorbehalt der Restitution, die Verjährung der kurzen Zeit wider sie statt, nämlich wenn sie binnen einem Jahre die Vermächtnisse nicht zahlen, und die *exceptio non numeratae dotis* nicht zur gehörigen Zeit vorschützen [a], wenn sie *bonorum possessio* zu suchen versäumen [b], und im Proceſs die gesetzlichen Fristen nicht beobachten [c]. Gegen Personen, welche nach dem Beyspiel der Minderjährigen Restitution erhalten (§. 1009. a. E.), läuft zwar stets die Verjährung; doch erhalten sie gegen jede kurze Verjährung, nicht aber gegen die *praescriptio longissimi temporis*, Restitution [d]. Selbst die Kirchen erhalten sie wider die letzte nicht [e].

§. 1047.

2) der Groſsjährigen. Auch Groſsjährige erhalten, wenn sie dieſs nicht durch Protestation unnöthig gemacht haben [f], gegen die Verjährung wegen Abwesenheit (§. 1013.) Wiedereinsetzung, und zwar gegen die conventionelle, testamentarische und richterliche unbedingt [g], gegen die gesetzliche aber nur dann, wenn sie keine *praescriptio longissimi temporis* ist [h]. Der Irrthum ist natürlich auch hier der Abwesenheit gleichzusetzen [i]. Die, hiebey vorkommende *actio rescissoria* ist schon oben (§. 1013.) erwähnt.

[y] L. 3. 4. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.).

[z] L. 37. de minor. (4. 4.) L. 7. §. 1. de iniur. (47. 10.) L. 1. C. de in int. rest. (2. 22.).

[a] Nov. 1. c. 4. §. 1. Nov. 100. c. 2.

[b] L. 2. C. si ut omiss. hered. (2. 40.).

[c] L. 13. §. ult. C. de iudic. (3. 1.).

[d] arg. L. 3. 4. C. de praescr. 30 ann. (7. 39.). Meine Schrift, §. 71.

[e] A. M. sind Manche wegen Clem. un. de rest. in int. (1. 11.). Allein s. C. F. Kühne de benef. rest. in int. eccl. contra praescr. denegando. Helmst. 1791. Ruff de different. praescr. Helmst. 1800. §. 29. 30.

[f] S. darüber oben §. 1045. c.

[g] L. 7. pr. de in int. rest. (4. 1.) L. 41. L. 43. ex quibus causs. maiores (4. 6.) L. 7. §. 1. de distr. pign. (20. 5.).

[h] L. 3. C. de praescr. 30 vel 40 ann. (7. 39.). Zum Theil abweichend ist hier Kori §. 53.

[i] Meine angef. Schrift §.

Zweytes Capitel.

Ueber die unvordenkliche Verjährung.

§. 1048.

Deren Natur. Das Wesen der unvordenklichen Verjährung [*k*] besteht darin, daſs der, welcher sich über Menschengedenken in einem ununterbrochenen Zustande befunden hat, eben deſswegen so behandelt und angesehen wird, als habe er dazu durch ein gültiges Geschäft ein Recht erworben [*l*]. Daraus folgt: A) alle, selbst der bestimmten Verjährung nicht unterworfenen, überhaupt erwerbbaren Rechte, wie Regalien, können, auch ohne guten Glauben, durch diese Verjährungsart erlangt werden [*m*], sofern man sie nur unverrückt als die seinigen ausgeübt hat [*n*]. B) Dieser Zustand muſs, unter Vorbehalt des Gegenbeweises dargethan werden. Werden Zeugen dazu gebraucht, so müssen diese bejahrt, d. h., nach der gemeinen Meynung, über 54 Jahre alt seyn, und versichern, daſs der behauptete Zustand nach ihrer, der sämmtlichen Zeugen Wissenschaft stets auf die angegebene Art existirt habe. Dabey müssen sie bezeugen, von ihren Vorfahren nie gehört zu haben, daſs denselben ein entgegengesetzter Zustand bekannt gewesen sey [*o*]. Auch der Eidesantrag ist bey dieser Beweisführung nicht ausgeschlos-

73. S. auch noch I. L. Schmidt hinterlassene Abh. Herausgegeben von Faselius 2. B. n. 64.

[*k*] Ueberhaupt: A. Ockel de praescript. temporis immemorialis. Alt. 1683. H. de Cocceii de praescript. immemor. Heidelb. 1706. (Exerc. T. 1. n. 39.). S. P. Gasser de memoria initii contra praescr. immemorialem. Hal. 1740. I. P. Kress de genuina natura et indole vetustatis. Helmst. 1734. und 1749. I. Schwarz de praescr. iur. gentium s. immemoriali. Lugd. B. 1749. u. 1752. Neller idea praescr. immemorialis (op. P. 1. T. 3.). Pufendorf T. 1. Obs. 151. Ganz eigne Ideen hat Dabelow 2. B. §. 110—125. Dagegen Kori §. 85.

[*l*] L. 3. §. 4. de aqua quot. (43. 20.) L. 2. §. 8. L. 26. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) cap. 26. X. de V. S. (5. 40.) cap. 1. de praescr. in 6. (2. 13.) R. A. v. 1548. §. 56. 59. 64. R. A. v. 1556. §. 103.

[*m*] Meine angef. Schrift, §. 75—79.

[*n*] L. 28. de probat. (22. 3.). Meine Schrift, §. 80—83.

[*o*] Meine Schrift, §. 84.

sen [p], so wenig als man hier Urkunden verwerfen kann, sie mögen nun die Zeugenaussagen unterstützen, oder allein bey dem Beweise gebraucht werden, sofern aus ihnen im letzten Fall nur hervorgeht, daſs der, negativ oder affirmativ behauptete Zustand im letzten und vorletzten Menschenalter wirklich existirt habe [q]. Der Gegenbeweis ist dann darauf zu richten, daſs dieser Besitzstand nicht über Menschengedenken, oder nicht physisch ununterbrochen vorhanden gewesen sey [r].

[p] Pufendorf T. 2. Obs. 55. Rom. T. 1. §. 330.

[q] Meine angef. Schrift, §. 84. Günther princ. iur. Rom. T. 1. §. 330.

[r] Meine Schrift, §. 82. Günther l. c. §. 331.

Ende des zweyten Bandes.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Thibaut, Anton Friedrich Justus,

System des Pandekten-Rechts

Bd.: 2

Jena 1814

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.88-a(2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703179-7